

PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



INFORME SOBRE EL EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N° 032-
2010-PI/TC, E-2229, DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN
CONTRA DEL ARTÍCULO 3° DE LA LEY N° 28705

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogado que presenta:

Victor Santiago Ñahui Retamozo

REVISOR

Apaza Jallo Niels Jyeyson

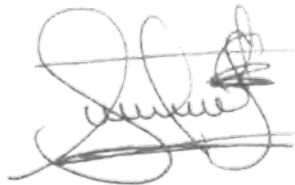
Lima, 2025

INFORME DE SIMILITUD

Yo, Niels Jyeyson Apaza Jallo, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis/el trabajo de investigación titulado **INFORME SOBRE EL EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N.º 032-2010-PI/TC, E-2229, DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY N.º 28705**, del autor **Víctor Santiago, Ñahui Retamozo**, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30 %. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin, el 24/03/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmando que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 18 de junio de 2025

Apellidos y nombres del asesor: Apaza Jallo, Niels Jyeyson	
DNI: 46583763	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9018-7945	

I. Resumen

El sumario materia de análisis de este informe se identifica con el Código de Registro N° E-2229, el cual corresponde a la sentencia recaída en el Expediente N° 0032-2010-PI/TC. En éste, fue presentada una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 3° de la Ley N° 28705, *Ley General para la Prevención y Control de Riesgo del Consumo de Tabaco*.

Este expediente es relevante pues permite ahondar en las materias del Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho a través de las cuales se puede analizar si un Estado puede ejercer justificadamente medidas paternalistas para el resguardo del derecho a la salud aunque tales medidas signifiquen una restricción parcial a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, libre empresa y libre iniciativa privada.

Con el objeto de realizar dicho análisis este informe abarca los problemas jurídicos hallados en el expediente: delimitación del petitorio realizada por el Tribunal a través de la revisión de la tipología de sentencias constitucionales (I), la determinación del ámbito de protección de los derechos afectados por el cambio normativo (II), el paternalismo jurídico presente en la medida (III) y un test de proporcionalidad basado en los tres puntos anteriores (IV).

Luego de culminado el test de proporcionalidad, se analizó la verificación de los requisitos de justificación del paternalismo jurídico para establecer que la norma supera ambos análisis, siendo así constitucional. Por tanto se coincide con el Tribunal Constitucional – con algunos matices – en lo infundado de la demanda.

Palabras clave: tipología de sentencias constitucionales, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la libre empresa, derecho a la libre iniciativa privada, derecho a la salud, libertad de fumar, paternalismo jurídico justificado, test de proporcionalidad

II. Índice

I. Resumen	1
II. Índice	2
III. Introducción	4
Identificación de las áreas del derecho comprendidas en el sumario elegido	4
Fundamentación de la escogencia del sumario	4
IV. Reconocimiento de hechos significativos	5
Presupuestos importantes	5
Sobre la acción de inconstitucionalidad	7
V. Principales problemas jurídicos del expediente	9
5.1. Sobre el análisis de la delimitación del petitorio	9
Fijación del enunciado normativo sujeto al control constitucional	9
Tipología de sentencias constitucionales	11
Análisis sobre el caso en concreto	15
5.2. Sobre el ámbito de resguardo de los derechos afectados por el cambio normativo	18
Derecho al libre desarrollo de la personalidad	18
Derecho a la libertad de empresa y derecho a la libre iniciativa privada	21
Derecho a la salud	23
Análisis sobre el caso en concreto	26
5.3. Sobre el paternalismo jurídico presente en la medida	28
Elementos de configuración de la medida paternalista	29
Diferencia entre el paternalismo jurídico y el perfeccionismo moral	31
Casos de perfeccionismo moral	33
Análisis en el caso en concreto	36
5.4. Sobre el test de proporcionalidad	37
Determinación de la intensidad de la afectación de los derechos involucrados por la medida	38
Determinación de la finalidad de la medida	40
Examen de idoneidad	41
Examen de necesidad	42
Examen de proporcionalidad	43
Verificación de los demás requisitos de justificación de una medida paternalista	45
VI. Conclusiones	45
VII. Bibliografía	47



III. Introducción

El sumario materia de análisis de este informe se identifica con el Código de Registro N° E-2229, el cual corresponde a la sentencia recaída en el Expediente N° 0032-2010-PI/TC. En éste, fue presentada una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 3° de la Ley N° 28705, *Ley General para la Prevención y Control de Riesgo del Consumo de Tabaco*.

Identificación de las áreas del derecho comprendidas en el sumario elegido

El sumario cuenta con elementos para ser analizado desde el derecho constitucional y su vínculo con los sistemas internacionales de DDHH y la iusfilosofía.

Por un lado, el expediente abarca materia de derecho constitucional, pues la Constitución Política del Perú establece en su artículo 200° la posibilidad de interponer acción de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley, entre los que se encuentran los tratados. Estos últimos son un componente importante de la legislación, en el supuesto de que se cumpla la disposición constitucional del artículo 56°. Precisamente, del diagnóstico del sumario se puede extraer que la norma controvertida es producto de un desarrollo progresivo en el resguardo del derecho a la salud, promovido especialmente a través de tratados de derechos humanos. Por consiguiente, la mencionada fuente normativa es relevante para el análisis del caso. En particular, el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, pues de su objeto guarda relación directa con el de la norma cuestionada.

Asimismo, el análisis de la acción de inconstitucionalidad no sería viable sin acudir a la figura del test de proporcionalidad, la cual se encuentra desarrollada en jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se recurre a esta figura para hacer un equilibrio entre la intensidad de la afectación de los derechos implicados y la satisfacción óptima del derecho resguardado por la medida. Este equilibrio no implica que para la concreción de éste tengan que sacrificarse aquellos, sino que los derechos de ambas partes sean ejercidos dentro de la garantía que representa un umbral mínimo aceptable de protección.

Por otro lado, el expediente abarca materia de filosofía del derecho, pues se presenta la figura del “paternalismo jurídico”, el cual se presenta como un enfoque en que el Estado ejerce sus competencias como rol de garante para resguardar derechos y necesidades básicas. Sin embargo, si esta práctica carece de una justificación adecuada, en lugar de representar el ejercicio virtuoso de un Estado que vela por sus ciudadanos, puede volverse una forma de opresión. Por ello, se hace necesario equilibrar esta figura con la autonomía y libertad para un ejercicio armónico de la figura.

Fundamentación de la escogencia del sumario

Este expediente fue elegido porque tiene una relevancia universal y atemporal como lo es una discusión sobre la autonomía y libertad de las personas, manifestándose en este caso a través de la libertad de fumar en espacios públicos cerrados (en adelante **EPC**). Precisamente la especial protección de estas facultades es lo que remarca la diferencia entre las democracias contemporáneas y cualquier otra forma de gobierno de un tiempo pretérito. Pero ¿qué ocurre cuándo los gobernantes de estas democracias aún tienen resquicios de

monarcas absolutistas o dictadores totalitaristas y mediante el poder buscan imponer un ideal de súbdito o ciudadano?

Las valiosas facultades de autonomía y libertad individual corren el riesgo podrían verse amenazadas por las tentativas de intervención estatal en las elecciones de las personas. Sin embargo, en este periodo de la historia humana contamos con una institución como el Tribunal Constitucional que se erige como la garante de tales facultades. Así, la sentencia del caso que nos ocupa adquiere una relevancia importante, pues de haberse basado únicamente en un razonamiento lógico, no habría abordado el fondo de la controversia, como se evidenciará en los dos primeros apartados de este informe.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional busca comunicar a la sociedad que puede estar segura, pues la medida cuestionada no significa un atentado con su autonomía y libertad. También comunica que el Estado en la protección de un derecho, las puede restringir parcialmente, pero no antojadizamente como en formas de gobierno desfasadas; sino que ello debe cumplir ciertos requisitos para su importante justificación.

Estas razones fueron las que alimentaron mi curiosidad e interés por analizar la sentencia mencionada líneas arriba; así como también, contribuir un poco al establecimiento de unos criterios que limiten la intervención del Estado.

IV. Reconocimiento de hechos significativos

Presupuestos importantes

El 21 de mayo de 2003 en la ciudad de Ginebra el Perú adoptó el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco (en adelante **Convenio OMS**). Este tratado establece en su artículo 3° que su propósito consiste en lograr una disminución constante y significativa tanto del consumo de tabaco como de la exposición al humo que éste genera.

El 17 de julio de 2004 se publicó la Resolución Legislativa N° 28280, a través de la cual el Congreso aprobó el Convenio OMS, previamente adoptado.

El 02 de setiembre de 2004 se publicó el Decreto Supremo N° 054-2004-RE, mediante el cual se ratificó el Convenio OMS, dando así por concluido el procedimiento para su incorporación al ordenamiento jurídico peruano.

El 06 de abril de 2006 se publicó la Ley N° 28705, *Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco*, la cual en el numeral 1 de su artículo 1° estableció como objeto de la ley el siguiente: “1. *Proteger a la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, a fin de reducir dicho consumo y exposición de manera continua y sustancial*”. Asimismo, en su artículo 3° estableció lo siguiente:

“Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

Prohíbese fumar en cualquier establecimiento dedicado a la salud o a la educación sean públicos o privados, en las dependencias públicas y en cualquier medio de transporte público.

En centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares y otros centros de entretenimiento, los propietarios y/o empleadores tendrán la opción de permitir el consumo de tabaco, en áreas designadas para fumadores que en todos los casos deben estar separadas físicamente de las áreas donde se prohíbe fumar y deben contar con mecanismos que impidan el paso del humo hacia el resto del local y ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior.

La autoridad municipal será la encargada de hacer cumplir esta norma.”

Nótese que la redacción primigenia de la ley no permite fumar tabaco en centros de salud o educativos, pues no admite la posibilidad de la creación de áreas designadas para fumadores (en adelante **ADF**) en tales lugares.

El 05 de julio de 2008 se publicó el Decreto Supremo N° 015-2008-SA, *Aprueban Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco*, el cual estableció en su artículo 5° que “**está prohibido fumar en las áreas abiertas y cerradas** de los establecimientos públicos y privados dedicados a la salud y a la educación, en las dependencias públicas, así como en los medios de transporte público”. En consecuencia, el veto de fumar se extiende a las zonas descubiertas de los centros de salud o educación. En adición a ello, el artículo 6° especificaba las condiciones que debían reunir las ADF en los EPC, y el artículo 7° detalló la ejecución de las inspecciones municipales que fiscalizaban las medidas de control de humo de tabaco en los mencionados espacios.

El 14 de enero de 2010 se publicó el Decreto Supremo N° 001-2010-SA, *Se modifican artículos del Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA*, mediante esta norma se modificaron los artículos 6° y 7° estableciendo así nuevas especificaciones para las ADF dentro de los EPC y las inspecciones municipales, las cuales pasarían a realizarse en coordinación con el Ministerio de Salud.

El 02 de abril del 2010 se publicó la Ley N° 29517, mediante la cual se modificó la Ley N° 28705 para adecuarla al Convenio OMS. En particular, el artículo 2° cambió, entre otros, los términos del artículo 3° quedando la siguiente redacción:

“Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

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

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

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

Se puede apreciar que mediante la modificación de la ley ya no se permite a propietarios o empleadores de diversos espacios públicos habilitar ADF, pues pasan a ser considerados como ambientes exentos de humo de tabaco. Del mismo modo, persiste la prohibición de fumar en centros de salud o educación.

Sobre la acción de inconstitucionalidad

El 30 de noviembre de 2010, Jaime Barco Roda en representación de más de cinco mil ciudadanos demanda la inconstitucionalidad del artículo 3° modificado de la Ley N° 28705, considerando como principales argumentos los siguientes:

- El Convenio OMS tiene rango legal; por lo cual no puede servir como fundamento para contravenir el artículo 8° de la Constitución. Asimismo, dicho convenio no faculta al Estado a imponer prohibiciones absolutas sobre la libertad de fumar.
- El cambio normativo no es idóneo para proteger a los no fumadores y se puede realizar a través de medidas menos restrictivas y menos desproporcionadas sobre los derechos de los fumadores, pues se están afectando su derecho al libre desarrollo de la personalidad y libertad de empresa al no contemplar la existencia de ADF y prohibiéndose de forma absoluta el fumar.
- Propone que la versión original de la norma era razonable y equilibrada para resguardar derechos tanto de fumadores como de no fumadores. Además, se plantea la posibilidad de que se autorice la apertura de establecimientos exclusivos para fumadores donde labore únicamente personal que también lo sea, considerándose la actividad como un trabajo de riesgo.

El 14 de marzo de 2011, el Congreso mediante su representante Jorge Campana Ríos presentó escrito de contestación, considerando como principales argumentos los siguientes:

- El Convenio OMS se incorporó al ordenamiento jurídico peruano, pues ha cumplido con las disposiciones constitucionales de los artículos 55° y 56°. Asimismo, al fortalecer el resguardo del derecho fundamental a la salud, se debe considerar a dicho tratado como un tratado de DDHH.
- La prohibición de fumar no es absoluta, pues solo se prohíbe fumar en EPC y en ambientes laborales. Además, la legislación anterior ya prohibía fumar en establecimientos educativos y en ningún momento se está criminalizando el consumo del tabaco.
- No se podría permitir la apertura de establecimientos exclusivos para fumadores donde solo labore personal fumador, pues dicho personal se encontraría ante un doble contacto con el humo de tabaco, ya que se verían en contacto con dicha sustancia mediante su consumo y posterior exposición durante sus horas de trabajo.
- La normativa anterior no era adecuada para proteger los derechos de los no fumadores, pues las ADF no evitaban que los no fumadores no se vean expuestos a los tóxicos presentes en el humo de tabaco.

Con fecha 16 de junio de 2011, la Clínica Jurídica de Acciones de Intereses Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú presenta escrito de Amicus Curiae bajo los siguientes argumentos:

- No se prohíbe fumar de forma absoluta, sino solamente en la lista de lugares mencionada en el artículo 3°.
- El regreso de las ADF sería un retroceso para la protección de los derechos de quienes fuman y de quienes no lo hacen.
- El uso de una sustancia puede llegar a ser adictivo y ello puede llevar a que una persona no la consuma de forma libre y voluntaria.

Con fecha 01 de julio de 2011, el O'Neill Institute for National and Global Health Law, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, Campaign for Tobacco Free Kids (CTFK) y la Alianza para el Convenio Marco (FCA) presentaron escrito de Amicus Curiae bajo los siguientes argumentos:

- El derecho humano a la salud está presente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y se debería garantizar su óptimo resguardo.
- La reinstauración de las ADF para fumadores se podría aprovechar para cometer un fraude a la ley y se amplíe la figura bajo la cuál se solicita el permiso para crear dichas áreas.

Con fecha 06 de julio de 2011, la parte demandante presenta un informe escrito para mejor resolver con el siguiente fundamento:

- El Convenio OMS no tiene jerarquía constitucional, pues los tratados de DDHH solo pueden reconocer nuevos derechos y no se pueden dedicar a establecer obligaciones a los Estados para una mayor protección de derechos previamente reconocidos por dicho Estado.
- El alcance de su petitorio se limita únicamente a dos apartados puntuales del artículo 3° de la ley, específicamente el fumar en áreas libres de los establecimientos educativos para adultos y el fumar en ADF en EPC.

Con fecha 19 de julio de 2011, el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional (en adelante **TC**) dicta sentencia declarando **infundada** la demanda y en observancia de lo dispuesto en el artículo 3° del Convenio OMS, se prohíbe la adopción futura de cualquier medida implique una disminución en el nivel de resguardo del derecho fundamental a la salud ante el consumo de tabaco.

V. Principales problemas jurídicos del expediente

Luego de la lectura y reflexión de los hechos materia del expediente, se pueden extraer los siguientes problemas jurídicos: (i) la delimitación del petitorio, (ii) ámbito de resguardo de los derechos afectados por el cambio normativo, (iii) paternalismo jurídico presente en la medida y (iv) el test de proporcionalidad.

5.1. Sobre el análisis de la delimitación del petitorio

En los fundamentos jurídicos de la sentencia que analizan la delimitación del petitorio se torna como punto central el tipo de sentencia, pues ésta se encuentra direccionada por la formulación del petitorio.

Fijación del enunciado normativo sujeto al control constitucional

En el petitorio planteado en la demanda se contempla lo siguiente:

*“La presente demanda de inconstitucionalidad tiene como objeto cuestionar el referido artículo (el artículo 3° de la ley), **en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en todos los espacios públicos cerrados del país, prohibiendo de esa manera, la existencia de establecimiento exclusivos para fumadores. Además, en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos”.***

En vista de la precisión manifestada por la parte demandante, el TC estimó que el petitorio se limitaba únicamente al numeral 3.1 de la norma cuestionada; tal como lo menciona en el Fundamento Jurídico 3:

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

Sin embargo, el TC no consideró que los numerales 3.2 y 3.3 de la norma desarrollan el concepto de lo que debe entenderse por espacio público cerrado:

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

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

Estos numerales desarrollan un concepto mencionado en el numeral 3.1, por tanto no pueden interpretarse por separado, desconectados, ya que ambos numerales en conjunto forman un

todo. Además, en la definición establecida en el numeral 3.2 se expresa un elemento totalizador que no admite excepción alguna. Para un mejor entendimiento de las implicaciones de lo dispuesto en el artículo 3° de la norma cuestionada, se debe tener en consideración la disimilitud entre enunciado normativo y norma.

Respecto de esta disimilitud, Garay (2014) realiza un clarificador aporte:

“los enunciados son sometidos a interpretaciones con las que se busca desentrañar su sentido, surgiendo de esta forma la norma propiamente dicha, es decir, la norma como resultado del proceso de interpretación. En otros términos, es adecuado afirmar que norma es todo aquel contenido predicable y atribuible a un enunciado normativo” (p. 85).

Así tenemos que, un enunciado normativo es todo aquel texto del cual a través de diversos mecanismos de interpretación se pueden desprender normas. En la redacción original del artículo 3° se contempla la posibilidad de autorizar el uso de tabaco en ADF; mientras que la redacción modificada no admite tal posibilidad. Un elemento que no varía entre ninguna versión consiste en la prohibición de fumar en los centros educativos.

La versión modificada del artículo 3° tiene un alcance material que puede obtenerse mediante el uso del método de la interpretación histórica. Sobre esta figura, el notario mexicano Anchondo (2012) menciona lo siguiente:

*“(...) el método histórico sirve entonces **para justificar la atribución de significado a un enunciado**, que sea acorde con la forma en que los distintos legisladores a lo largo de la historia han regulado la institución jurídica que el enunciado actual regula. Es decir, el argumento histórico se encarga de **explicar una determinada regulación jurídica por sus orígenes** y el modo en que fue desarrollándose a través del tiempo”*. (p. 46)

El desarrollo a través del tiempo de la norma cuestionada nos muestra que la intención del legislador es extender el campo de aplicación de la norma quitando la opción de habilitar ADF. Entre los lugares donde se podía habilitar ello se encontraban los centros laborales, los cuales pasan a ser considerados como ambientes exentos de humo de tabaco. Además, el mencionado método interpretativo impulsa a quien lo use a buscar los orígenes de la regulación.

Como mencionamos en la exposición de los hechos relevantes, esta regulación tuvo como origen el cumplimiento del Convenio OMS, cuyo artículo 3° establece que tiene como objeto disminuir constante y significativamente tanto del consumo de tabaco como la exposición al humo que éste genera. A su vez, este convenio surge de un desarrollo que veremos en el siguiente apartado. Teniendo presente ello es posible afirmar que a partir de ese momento se iban a tomar diversas medidas para cumplir con dicho objetivo, ya sea mediante la norma cuestionada u otras.

Así, cualquier planteamiento futuro que cuestione el compromiso del Estado peruano de reducir el consumo y la exposición al humo de tabaco será un esfuerzo vano, pues para superar ello se debió haber planteado una acción de inconstitucionalidad contra el Convenio OMS, de acuerdo a lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional aprobado mediante la Ley N° 28237 – vigente durante la ocurrencia de los hechos del expediente – en cuyos

artículos 77° y 100° facultaba el ejercicio de esta acción dentro de un plazo prescriptorio de seis meses, lo cual no ocurrió.

Con la finalidad de concretar el compromiso asumido mediante el Convenio OMS, el Congreso amplió los espacios protegidos de la exposición a la emanación del uso de tabaco. Asimismo, esta extensión parece enmarcarse en el principio de no regresividad, respecto del cual el TC mediante la sentencia emitida producto del Expediente N° 0013-2014-PI/TC estima que las medidas adoptadas por el Estado peruano con referencia a la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) no pueden generar una situación que sea más perjudicial que la que se encuentra efectivamente establecida (2019, FJ 105 y 106). De ahí que, una vez se haya establecido un estándar superior de protección de un DESC como el derecho a la salud, no se pueda pretender ofrecer a futuro un umbral inferior de defensa de dichos derechos. Precisamente, el demandante conociendo esta situación busca desconectar el Convenio OMS de la norma cuestionada, argumentando que aquel no es un tratado de derechos humanos.

Gracias al método interpretativo histórico se puede clarificar que el petitorio no se limitaba a solicitar la expulsión del ordenamiento jurídico peruano de una de las exégesis de la norma cuestionada, pues la redacción modificada del artículo 3° no admitía las ADF ni tampoco establecimientos exclusivos para fumadores. Por ello, el petitorio realmente buscaba efectos sobre el texto de la norma; así como también de que fuera objeto de control constitucional un enunciado normativo cuya ocasión para ser cuestionado ya había pasado.

Tipología de sentencias constitucionales

Ahora bien, en el fundamento jurídico 4 del pronunciamiento se afirmó que la atención del petitorio debía realizarse mediante una sentencia de tipo interpretativa, la cual a consideración del TC sirve para una multiplicidad de propósitos. Sin embargo, tal afirmación es imprecisa pues no puede afirmarse que un único tipo de sentencias pueda cumplir tal labor. Debido a ello, la consideración de una tipología de sentencias favorecería a una mayor comprensión sobre dos puntos: los efectos de una sentencia constitucional (I) y alcance de las atribuciones del TC para la emisión de una sentencia con determinados efectos (II).

En razón de estos dos puntos, tenemos que, el TC mediante la sentencia emitida producto del expediente N° 0004-2004-CC/TC, postula dos grandes clasificaciones de sentencias:

“la primera distingue entre sentencias de especie o de principio, y la segunda entre sentencias estimativas o desestimativas (...) a) Las sentencias de especie se constituyen por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. (...) b) Las sentencias de principio son las que forman la jurisprudencia propiamente dicha, porque interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos precedentes vinculantes” (2004a, FJ 2).

Esta clasificación se hace por la complejidad de la aplicación de las fuentes del derecho y por la estimación o no del petitorio; sin embargo, ello no es idóneo pues desenfoca el elemento principal sobre el cual recae la importancia de las sentencias: sus efectos.

Sobre los efectos de las sentencias, el exmagistrado colombiano Martínez ha considerado que se pueden hacer dos distinciones principales: (i) modulación de efectos que afectan el contenido de la norma acusada y (ii) modulación de efectos en el tiempo (2000, p. 23). De esta manera, se aprecia que dicha aproximación tiene como centro al ordenamiento jurídico vigente y que se dirige a dos propósitos: (i) lo que debe interpretarse de los enunciados normativos y (ii) la aplicación en el tiempo de una norma.

Teniendo en cuenta ello se puede seguir ahondando en la primera clasificación de sentencias. Así tenemos que el TC mediante la sentencia emitida producto del expediente N° 010-2002-AI/TC entre los fundamentos jurídicos 29 y 33 se contemplan a las sentencias interpretativas, aditivas, sustitutivas y exhortativas.

Respecto de las sentencias interpretativas, el TC afirma lo siguiente: “*Mediante tales sentencias, los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. (...) además permiten **disipar las incoherencias, galimatías, antinomias o confusiones que pueden contener normas con fuerza o rango de ley***” (2003a, FJ 29). Con lo cual, este tipo de sentencias buscan acabar con cualquier ambigüedad posible presente en la redacción de una norma para que exista una interpretación y aplicación uniforme de una norma.

Respecto al íntegro del alcance de este tipo de sentencias, se debe tener presente el desarrollo realizado por Jorge Alvarado:

*“La institución de las sentencias interpretativas tiene directa relación **con la aplicación del principio de conservación de la norma o interpretación conforme a la constitución**. Este tipo de sentencias supone, (...) el cuestionamiento de una norma de rango legal a la cual **se le puedan dar diversas interpretaciones**, las cuales deben ser analizadas una a una y por separado, con el objeto de encontrar alguna que sea conforme con la Constitución, **lográndose con eso mantener indemne el ordenamiento jurídico**, evitándose la creación de un vacío normativo que sea más negativo aún”. (2006, p. 83)*

Este tipo de sentencias operan cuando es posible extraer una multiplicidad de interpretaciones de un enunciado normativo de las cuales, para que la norma pueda seguir aplicándose en el ordenamiento jurídico vigente, al menos una de las múltiples interpretaciones debe adecuarse a las normas fundamentales.

El autor destaca la importancia del principio de conservación de la norma o interpretación conforme a la constitución para la delimitación del alcance de este tipo de sentencias. Por ello, el autor considera que la mencionada figura jurídica “*se basa en la búsqueda del mantenimiento del ordenamiento jurídico, en ese sentido, para que una norma pueda ser expulsada de éste tendrá que ser declarada **“absolutamente inconstitucional”, debido a que no admite ningún tipo de interpretación conforme con la norma suprema***” (Alvarado, 2006, p. 82). Con lo cual, con este tipo de sentencias no se busca alterar de manera alguna la redacción de un enunciado normativo, pero si fuera necesario que el TC tuviera que hacerlo sería porque se encuentra ante un enunciado normativo cuyas interpretaciones son absolutamente inconstitucionales; lo cual ha de ser atendido por un tipo diferente de sentencia.

Como último punto a destacar de las sentencias interpretativas, Martínez considera que no solo restringen el alcance normativo de una norma mediante la limitación de su aplicación (no se aplica a determinados casos), sino también limitando sus efectos (no se aplica una u otra consecuencia jurídica) (2000, p. 24). Estas limitaciones solo serían posibles si la norma objeto del proceso de inconstitucionalidad presente ambigüedad, oscuridad o contradicción, como se mencionó líneas arriba.

Ahora bien, también existe un tipo de sentencias que limitan el sentido de una norma, pero que sí tiene efectos sobre el enunciado normativo creado por el legislador. Éstas son denominadas reductoras, sobre las cuales el TC considera lo siguiente:

*“son aquellas que señalan que una parte (...) del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad **por su redacción excesiva y desmesurada**. En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada”* (2004a, FJ 3)

Por lo cual, estas sentencias presentan un defecto por su exceso de regulación, siendo éste contrario a la Constitución y se debe proceder a extirpar los fragmentos del enunciado normativo que la desvirtúan.

Respecto de este punto, Alvarado postula que el control realizado mediante las sentencias reductoras es *“una simple interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, con lo que en realidad **no reduce, sino que establece algo que siempre debió ser entendido de dicha manera**”* (2006, p. 87). De esta manera, las sentencias reductoras se distinguen de las interpretativas, porque las últimas dilucidan una oscuridad o ambigüedad presente en la interpretación de enunciado normativo, mientras que las primeras le dan la forma al enunciado normativo que siempre debió haber tenido y que debió prever en cuenta el legislador.

Siguiendo con el desarrollo del TC, tenemos ahora a las sentencias aditivas, sobre las cuales considera que un enunciado normativo es inconstitucional, pero no por lo que está mencionando, sino por lo que ha dejado de prever; por lo cual se debe declarar la inconstitucionalidad de la omisión y ese vacío debe ser completado (2003a, FJ 30-31). Así, este tipo de sentencias, buscan completar una norma para que se adecúe a la Constitución. Para el cumplimiento efectivo de este cometido, debe hacerlo teniendo en cuenta el equilibrio de poderes y competencias.

Esto se debe a las diferentes labores que realizan el Congreso y el juez constitucional, pues como se menciona en la obra de Martínez, aquel ejerce como “legislador positivo” y este como “legislador negativo”; por ello, el primero tiene libertad de creación normativa por su representación popular y el segundo anula las normas inconstitucionales (Kelsen citado en Martínez, 2000, p. 11-12). El tener clara la distinción entre la labor de ambas instituciones favorecería la predictibilidad de las solicitudes ciudadanas. Por ejemplo, ello hubiera conducido a que la parte demandante hubiera presentado una acción de inconstitucionalidad contra el Convenio OMS en el momento oportuno y no pretender su inaplicación mediante la solicitud de control constitucional de la norma cuestionada.

Aunado a ello, el TC consideró que las sentencias aditivas deben producir el contenido adicional mediante la interpretación extensiva, sistemática o analógica (2004a, FJ 3). Por lo

que, las sentencias de este tipo deberían completar su sentido faltante teniendo en consideración dichos criterios.

Luego, respecto de las sentencias sustitutivas el TC afirma lo siguiente:

*“las sentencias sustitutivas se caracterizan por el hecho de que con ellas el Tribunal Constitucional declara **la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra**. En ese caso, la decisión sustitutiva se compone de dos partes diferentes: **una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la “reconstruye”, a través de la cual el Tribunal Constitucional procede a dotar**, a la misma disposición, de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados” (2003a, FJ 31).*

Mediante este paradigma de sentencias, el TC estima inconstitucional una parte del enunciado normativo y establece otro que debería tenerse en consideración para que el íntegro sea constitucional. Esta extirpación permite que el ordenamiento jurídico no sea vulnerado y se pueda aplicar el enunciado normativo plenamente.

El TC considera que el contenido sustituto puede ser extraído de otra norma del ordenamiento jurídico vigente:

“(…) debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada –y en concreto afectada de inconstitucional-, con el objeto de proceder a su inmediata integración” (2004a, FJ 3).

Este criterio es importante a tener en cuenta para que el TC no actúe fuera de su rol de “legislador negativo”. En caso de que fuese necesario modificar un enunciado normativo, pero no se pueda completar su sentido con legislación existente en el ordenamiento jurídico se podría recurrir al siguiente tipo de sentencias.

Sobre las sentencias exhortativas, el TC plantea los siguientes términos:

*“Son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual **no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional**, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria **con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales**.*

*Como puede observarse, si en sede constitucional se considera ipso facto que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declararse su invalidez constitucional, se confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, **con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental**.*

*En este tipo de sentencias se invoca el concepto de vacatio setentiae, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. **Es decir, se modulan los efectos***

de la decisión en el tiempo. Dicha expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada” (2004a, FJ 3)

Resulta de esta manera que las sentencias exhortativas deben proponer las normas, directrices o bienes jurídicos constitucionales que se deben tener en cuenta para la reforma de la norma; la cual aún no puede surgir efectos en tanto que no sea adecuada por el Congreso en el tiempo establecido por el TC. A su vez este tipo de sentencias unifica las dos clasificaciones de las sentencias en cuanto a sus efectos, desarrollado líneas arriba.

Respecto de la modulación de efectos en el tiempo, Martínez considera que se puede hablar de tres tipos de sentencias, las de efectos futuros, efectos retroactivos y efectos diferidos:

*“(…) tienen efectos pro futuro, e implican que apenas es notificada la sentencia, la disposición sale del ordenamiento **pero no modifica las situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma acusada.***

*(…) la Corte ha dado a sus sentencias efectos retroactivos. Un ejemplo es el relativo a un impuesto, que había sido inconstitucionalmente decretado. La Corte anuló el impuesto pero consideró que era necesario conferir efectos retroactivos a su decisión, **a fin de evitar que se vieran perjudicados los contribuyentes más diligentes, que ya habían pagado el tributo, lo cual violaba manifiestamente la igualdad.** La Corte ordenó entonces al Estado devolver los tributos cancelados.*

*En otros eventos (...) la Corte (...) ha recurrido a fórmulas de constitucionalidad temporal o inconstitucionalidad diferida, esto es, ha constatado la inconstitucionalidad de una regulación, **pero se ha abstenido de anularla, pues ha considerado que el vacío normativo genera una situación muy compleja, por lo cual es necesario permitir que el Legislador corrija la situación**” (2000, p. 25-26)”*

Aquí tenemos que esta modulación de los efectos en el tiempo, puede ir de la mano con cualesquiera de las sentencias que modulan efectos sobre el contenido de la norma acusada, pues mientras la decisión del TC puede realizar el control constitucional del enunciado normativo o la norma, también puede controlar los efectos en el tiempo de acuerdo a las necesidades que demande el contexto nacional al momento del pronunciamiento.

Análisis sobre el caso en concreto

Así las cosas, teniendo identificada la modulación de efectos de los pronunciamientos, es posible analizar aquella que mejor hubiese podido atender el petitorio presentado. Así, se debe tener claro lo que buscaba el petitorio, ¿realmente se limitaba a solicitar la expulsión de un sentido interpretativo de la norma cuestionada?

Las sentencias interpretativas dilucidan una ambigüedad u oscuridad dentro de un enunciado normativo, al que se le pueden dar una multiplicidad de interpretaciones; sin embargo, la redacción del artículo 3° de la norma controvertida interpretada a la luz del método de la interpretación histórica y teniendo en consideración el principio de no regresividad no hace posible formular que las ADF puedan ser posibles a través de algún pequeño “hueco” o ambigüedad en el enunciado normativo, esto es, un vacío o laguna normativa: No hay necesidad de expulsar interpretación semejante por no encajar dentro de la constitución, pues

no se presenta tal situación. Por ello, de momento, ésta no parece ser el tipo de sentencia adecuada para la atención del petitorio presentado.

Ahora, respecto de las sentencias reductoras, éstas extirpan una parte del enunciado normativo que no se adecúa a la constitución, no dilucidan una oscuridad, sino que dan la forma al enunciado normativo que siempre debió tener. Ésta tampoco parece ser el tipo de sentencia que atiendan el petitorio, pues el petitorio no busca que se extirpe algún elemento de la definición de EPC, sino que se presente una excepción en su ámbito de aplicación para que sea posible la existencia de las ADF o de establecimientos exclusivos para fumadores. Asimismo, se debe tener en cuenta que la imposibilidad de fumar en centros educativos se encontraba en la redacción original de la norma; con lo cual, se debió presentar una acción de inconstitucionalidad en el tiempo establecido contra aquella disposición. Esto se debe a que la modificación de la norma, no varía este aspecto.

Después, las sentencias sustitutivas buscan extirpar parte del enunciado normativo y reemplazarlo por otra ya existente en el ordenamiento jurídico. Siendo la norma cuestionada, la primera en su clase, la única otra norma existente específica sobre la materia en el ordenamiento sería el Convenio OMS. El cual en el segundo acápite de su artículo 8° referido al resguardo contra las emanaciones del uso de tabaco considera el concepto de los EPC en términos muy similares al dispuesto en el artículo 3° de la norma cuestionada. A lo sumo, el petitorio presentado al buscar la excepción del ámbito de aplicación de lo que debe entenderse como espacio público cerrado para que existan las ADF, buscaría que se aplique la redacción original de la norma.

Luego, las sentencias exhortativas defenestran con efecto diferido a la norma, siendo efectivo al momento en que el Congreso logre adecuarla a la Constitución de acuerdo a preceptos, directrices o bienes jurídicos constitucionales expuestos en la sentencia. La Ley N° 29517 tenía como objetivo modificar la Ley N° 28705 para ajustarse a plenitud con el Convenio OMS. Dicho tratado es uno de DDHH y por tanto tiene jerarquía constitucional. En ese sentido, si el propósito de este tipo de sentencias consiste en que una norma se adecúe con normas constitucionales, sería descabellado afirmar que la ley en cuestión no está cumpliendo este cometido. Ello teniendo en consideración que el demandante busca desconectar dicho tratado de la norma cuestionada, no sería posible afirmar que el sentido del petitorio sea la reforma de la norma porque no se adecúa a lo realmente establecido en el tratado. De esta manera, este tipo de sentencia tampoco podría atender el petitorio solicitado.

Lo realmente buscado por el petitorio es la aplicación de la redacción original de la norma, la cual se encuentra derogada. Solo así existiría la posibilidad de la habilitación de las ADF, a pesar de que la parte demandante no presentó en su momento una acción de inconstitucionalidad ni contra el Convenio OMS ni contra la redacción original de la norma cuestionada. Así, parece que, de acogerse lo solicitado mediante el petitorio, se constituiría un abuso de derecho a favor del demandante. Esta figura no es amparada por la Constitución, tal como establece así en el artículo 103°.

Sobre esta figura, Marcial Rubio consideró lo siguiente:

“(…) es un acto en principio lícito, es decir, que formalmente constituye ejercicio de un derecho subjetivo dentro del sistema jurídico de que se trate.

*Sin embargo, **este acto lícito contraría el espíritu o los principios del Derecho en el transcurso de su ejecución** y, por tanto, se configura una laguna del Derecho que debe ser resuelta por el juez, ante la carencia de una disposición restrictiva o prohibitiva específica que impida el acto tal como se realiza” (2008, p. 30)*

Es lícito solicitar una acción de inconstitucionalidad respecto de una norma, pero si ésta aplica sobre la modificación de una norma, se debe tener en cuenta el tiempo en el que debió haberse ejercido ésta acción respecto del contenido normativo original. Ello porque en el petitorio se busca que la excepción se aplique también en los centros educativos, a pesar de que esto ya se encontraba en el campo de aplicación original. De la misma manera, el demandante busca desconectar el Convenio OMS de la norma cuestionada y también quitarle el rango de tratado de derechos humanos pues no ejerció en el tiempo establecido acción de inconstitucionalidad sobre la misma norma. Con lo cual, desde diversos ángulos, el acogimiento de esta sentencia incurriría en abuso de derecho.

Este desarrollo nos conduce a retomar el pronunciamiento del TC para dilucidar qué tipo de sentencia puede acoger éste petitorio:

*“Las sentencias interpretativas, (...), pueden ser, a su vez, **estimatorias y desestimatorias**. Mediante ellas se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que ésta puede ser interpretada conforme a la Constitución. Como tal, **presupone la existencia, en una disposición legal, de al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales es conforme con la Constitución y la otra incompatible con ella**. En tal caso, el Tribunal Constitucional declara que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución.” (2003a, FJ 29)*

Así, tenemos que la tipología de sentencias vistas hasta ahora se basa en el reconocimiento de la inconstitucionalidad, esto es, cuando se dicta fundada la demanda. Pero, ¿qué pasa cuando se proclama infundada la demanda? Aquí operan las sentencias interpretativas desestimatorias, pues al no requerirse la modificación del enunciado normativo ni tampoco la expulsión de ninguna ambigüedad u oscuridad interpretativa de la norma, la labor de los jueces se limita a exponer las razones por las cuales la norma cuestionada es constitucional. Además, este tipo de sentencias contempla a dos posibles interpretaciones –constitucional o inconstitucional-, lo cual podría afirmarse surge de sí, por ejemplo, una interpretación no sortee el denominado test de proporcionalidad, como veremos con el cuarto apartado del presente informe.

Este desarrollo de la tipología de sentencias ha permitido analizar la amplitud de la atención del petitorio y cómo éste buscaba que se acoja un abuso de derecho en favor de la parte demandante. Al existir la posibilidad de que esto ocurra, comparto el pronunciamiento final del Tribunal Constitucional de declarar infundada. Ahora corresponde analizar qué derechos se han visto afectados por el cambio normativo y cuáles son sus respectivos límites.

5.2. Sobre el ámbito de resguardo de los derechos afectados por el cambio normativo

El expediente contiene un conflicto entre los derechos al libre desarrollo de la personalidad, en su manifestación en libertad de fumar, el derecho a la libre empresa y el derecho a la libre iniciativa privada frente al derecho a la salud. Por lo cual se hace necesario conocer sobre estos derechos para conocer las implicaciones que tienen los extremos de la norma cuestionada por la parte demandante.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Por un lado, el demandante alega que la norma cuestionada vulnera su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el sentido de que este derecho se está viendo afectado por la supuesta prohibición de fumar. Ante esto tenemos como punto de partida que la Constitución Política del Perú contempla en el inciso 1) del artículo 2° que “*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.* (...)”. De esta manera se configura dentro del ordenamiento jurídico peruano el mencionado derecho. Para completar su sentido, es necesario acudir a otras normas vigentes de jerarquía constitucional – en virtud al artículo 55° de la Constitución – antes de acudir a las esclarecedoras sentencias del TC.

Tenemos que mediante la Resolución Legislativa N° 13282 del año 1959, el Congreso peruano aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante **DUDH**), la que en su artículo 22° señala a la letra lo siguiente:

“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.**” (ONU, 1948)*

Tenemos que la DUDH considera que para el pleno ejercicio – no la mera titularidad – del derecho al libre desarrollo de la personalidad se configura como condición necesaria que los Estados contratantes a través de diferentes medios, garantice la satisfacción de los DESC. Bajo este supuesto, la DUDH plantea en su artículo 26° que el derecho a la educación favorece el pleno desarrollo de la personalidad humana, configurándose así una íntima relación entre ambos derechos.

Dicha vinculación puede encontrarse en el artículo 13° del PIDESC aprobado mediante Decreto Ley N° 22129 el 28 de marzo de 1978, en el artículo 13° de nuestra Constitución, y también en el artículo 13° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante **Protocolo Adicional CADH**) aprobado mediante la Resolución Legislativa N° 26448 del 28 de abril de 1995; por lo cual, la satisfacción del derecho a la educación es una condición necesaria para el pleno ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Luego de identificar qué normas constitucionales reconocen al derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ordenamiento jurídico peruano, corresponde proseguir con los

pronunciamientos del TC sobre el contenido de este derecho. Así tenemos que el TC en la sentencia emitida producto del expediente N° 2868-2004-AA/TC se consideró lo siguiente:

*“El Tribunal considera que el derecho a contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, **reconocido en el artículo 2, inciso 1) de la Constitución.**”*

*El derecho al libre desarrollo garantiza **una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad** (...)*

Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

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” (2004b, FJ 14)

De esta manera, el TC considera que tal derecho avala una libertad general de actuación que le permita a cada persona dar los pasos que considere convenientes para construir su propio camino para su vida privada y social, siempre que no se haya contemplado su protección mediante una regulación explícita. Ello se debe a que este derecho abarca una amplia variedad de comportamientos; por lo cual, si alguno de estos ya cuenta con un mecanismo de protección, éste debería ser invocado para la defensa de dicho comportamiento. Ello permite que se proteja los demás comportamientos mediante la invocación de la afectación al libre desarrollo de la personalidad, tal como sucede en el expediente materia de análisis con la demanda presentada.

El TC mediante el pronunciamiento respecto del sumario N° 01413-2017-PA/TC consideró lo siguiente:

*“7. **El derecho al libre desarrollo de la personalidad encuentra reconocimiento en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución**, que refiere que toda persona tiene derecho “a su libre desarrollo”, pues, si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, **a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos**”. (2018, FJ7)*

En este pronunciamiento se puede apreciar que la apertura de lo protegido mediante el inciso 1, artículo 2 de la Constitución justamente está hecha así para abarcar la mayor cantidad posible de comportamientos, pues justamente de allí deriva la libertad del individuo, tal como se remarca en la precitada sentencia al considerarse en el Fundamento Jurídico 11 que “*la tenencia de una mascota es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la*

personalidad’ (2018). Sin embargo, el TC remarca que esta libertad no puede pretenderse ejercer afectando derechos fundamentales ajenos.

Luego, la sentencia materia de análisis menciona lo siguiente en el Fundamento jurídico 23:

*“23. En definitiva, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º, inciso 1, de la Constitución), subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual, la libertad natural del ser humano –en torno a cuya protección se instituye aquél [sic] ente artificial denominado Estado– se juridifica, **impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales.**(...)” (2011)*

El TC estima que ningún nivel de gobierno puede limitar la libertad general de acción –cualquiera sea, incluso la más descabellada- a menos de que exista un valor constitucional que justifique la intervención, pero ello debe realizarse a través de medidas proporcionales. Asimismo, lo que también debe evitar afectar el Estado mediante dichas medidas es la posibilidad de que las personas se autodeterminen de tal manera que encaminen su vida como consideren conveniente. Ello puede apreciarse en la sentencia del TC emitida producto del sumario N° 00374-2017-PA/TC, a través del cual se resolvió la acción de amparo relacionada a la separación y baja de una alumna naval en razón de su embarazo:

*“Como consecuencia de la expedición de las Resoluciones N° 0566-2014-MGP/DGP y N° 0563-2014, la demandante fue dada de baja prohibiéndosele continuar su carrera en la Marina de Guerra del Perú. Con ello, su derecho a no ser discriminada por razón del sexo ha sido afectado, pero también su derecho a la educación resultó lesionado, dado que se le prohíbe inconstitucionalmente formarse profesionalmente para la vida, **así como su derecho al libre desarrollo de la personalidad resultó afectado, en tanto su proyecto de vida se vio truncado.**” (2021, FJ 30)*

Por lo cual, se debe considerar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no solo se puede afectar mediante la restricción injustificada y/o desproporcionada de comportamientos, sino también se puede llegar a afectar este derecho mediante la afectación o imposibilitación del proyecto de vida del prójimo, ello por su especial relación con el derecho a la educación.

Estando así las cosas, se tiene que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se reconoce en nuestra Constitución para garantizar una libertad general de actuación dentro de la que cada persona pueda conducirse y construir un camino para su vida privada y social, sin mayor limitación que la afectación a los derechos fundamentales de otras personas. Además, en caso se requiera una intervención estatal sobre dicha libertad, deberá tratarse de una medida proporcional para la defensa o protección de un valor constitucional. Inclusive, este derecho tiene como condición necesaria el acceso efectivo al derecho a la educación, pues de esa manera se puede desarrollar el proyecto de vida contemplado por cada persona.

Derecho a la libertad de empresa y derecho a la libre iniciativa privada

La parte demandante también considera que la norma cuestionada ha vulnerado su derecho a la libertad de empresa, por lo cual corresponde evaluar el contenido de dicho derecho para dilucidar si ha sido vulnerado. Como primera aproximación tenemos que el artículo 59° de la Constitución avala la libertad de empresa, comercio e industria, pero que estas libertades deben ejercerse sin lesionar la moral, la salud ni la seguridad públicas. Estos límites son muy claros respecto al ejercicio de estos derechos, pero aún no queda claro el alcance del contenido de este derecho; por lo que este podrá encontrarse en diversos pronunciamientos del TC. En la sentencia emitida producto del sumario N° 3330-2004-AA/TC, se ha considerado que este derecho *“se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su **rendimiento económico y satisfacción espiritual**”* (2005a, FJ 11).

El TC remarca que el ejercicio de este derecho genera un rendimiento económico, dada la clara diferencia en su nombre respecto de un acto de filantropía. Más adelante, en la misma sentencia se considera que este derecho implica cuatro libertades: libertad de creación de empresa y acceso al mercado, libertad de organización, libertad de competencia, y libertad para cesar las actividades. De estas cuatro, a efectos de ahondar en el asunto de la materia, nos interesan las dos primeras. Ello considerando que la libertad de competencia no se vería comprometida pues en ningún espacio público cerrado se podría consolidar una posición dominante por la presencia del humo de tabaco, ya que la norma cuestionada expresamente lo prohíbe.

De esta manera, el TC consideró lo siguiente:

*“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**, tema que será materia de un mayor análisis infra.*

En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros.”
2005a, FJ 13)

El TC considera que es valioso proteger la libertad para dar nacimiento a una empresa; así como también la libre participación en el mercado. De la misma manera se considera valiosa la protección de la libertad de organización de las empresas, pues si quienes le dan nacimiento no pueden conducir la misma como ellos mejor consideren, no se podría hablar de una plena y efectiva libertad. El TC también ha considerado en la sentencia emitida producto del sumario N° 3116-2009-PA/TC que existe adicionalmente la libertad de dirección de la empresa y enfoca las facultades de la libertad de organización: *“(…) para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario), y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) **en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado**”* (2009, FJ 9).

De la lectura de ambas sentencias se puede postular que la libertad de organización de empresas se refiere a la libertad de establecer los propios objetivos de la empresa en cuanto a su constitución, facultades de administradores, contratación de personal, etc. Por la arista de la libertad de dirección se tiene que esta implica la dirección y planificación de la actividad

económica en función a los materiales y las circunstancias que confeccionan el propio mercado. Para el esclarecimiento de este último punto se puede regresar al desarrollo de la sentencia emitida producto del sumario N° 3330-2004-AA/TC, “*La creación de empresas no significa que al titular del derecho **no se le pueda exigir requisito alguno**, pues si la naturaleza de su actividad así lo requiere, es imprescindible que se reconozca lo que razonablemente sea necesario*” (2005a, FJ16)

Por consiguiente, si el ejercicio de las libertades de creación de empresas, concurrencia al mercado, organización y dirección pudieran arriesgar la salud, moral o seguridad públicas, **deben contar con requisitos claros para disminuir la afectación de estos bienes jurídicos; tal como lo establece la Constitución**. En ese sentido, las condiciones del mercado no se refiere solamente a las actividades en temporadas especiales en el año, como podría ser por ejemplo, Fiestas Patrias o Navidad; sino también se refiere a que si en el mercado existen bienes que requieren de un tratamiento especial, su comercio debe realizarse de acuerdo a ciertos requisitos. Por ejemplo, el comercio de armas y medicinas debe cumplir ciertos requisitos para garantizar la seguridad y salud públicas; del mismo modo, ciertas especies de pescado no pueden venderse ni pescarse en ciertas épocas del año debido a las vedas para garantizar la existencia de un medioambiente equilibrado.

Seguidamente, la parte demandante manifiesta que se está perjudicando el ejercicio de su derecho a la libre iniciativa privada, por lo cual resulta apropiado revisar su contenido esencial. Su ejercicio se enmarca en una economía social de mercado de acuerdo al artículo 58° de la norma fundamental. A causa de la estrecha relación entre ambos conceptos, corresponde hacer un análisis de los mismos.

La sentencia emitida producto del sumario N° 0008-2003-AI/TC considera lo siguiente respecto al derecho a la libre iniciativa privada:

*“(...) **toda persona a participar**, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica **tiene derecho a emprender y desarrollar**, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico **con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material**. (...)”*

*La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, **respecto de lo que se considera como “privativo” de la autodeterminación de los particulares**” (2003b, FJ 17-18)*

Este derecho implica que toda persona puede emprender en cualquier actividad económica con libertad para obtener beneficios y se protege esta capacidad de emprender en tanto que no afecte la autodeterminación de los particulares. Asimismo, esta libertad no debe colisionar con los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran en normas de rango constitucional y legal.

Asimismo, la libre iniciativa privada se ejerce en el marco de una economía social de mercado e incluso en la sentencia emitida producto del sumario N° 0011-2013-AI/TC se considera a aquella como un componente de esta, pues no se busca el imperio del mercado ni un direccionismo estatal, sino que se busca promover la libre acción de los agentes económicos con la finalidad de generar riqueza y contribuir al desarrollo del país (2014, FJ 20-21). Por lo cual, esta libertad no tiene como protagonista al mercado ni al Estado, sino que lo es el que las personas puedan emprender para contribuir al desarrollo del país.

Después de haber desarrollado el contenido de los derechos a la libre empresa y a la libre iniciativa privada, tenemos que ambos garantizan la obtención de beneficios por una actividad, como una participación en el mercado. También tenemos que, ambos tienen los mismos límites pues no pueden arriesgar la salud, moral o seguridad públicas; por lo cual cuando alguna de estas materias se encuentre o pueda encontrarse en riesgo por una actuación particular, el Estado peruano puede intervenir en su protección. En virtud de ello, el Estado puede establecer algunos requisitos para que el ejercicio de los mencionados derechos no afecte salud, moral ni seguridad públicas. Por consiguiente, la mera existencia de tales requisitos no implica de por sí no significa una afectación, sino que ello se constituiría como una condición de mercado a la cual debe adecuarse la actividad privada.

Derecho a la salud

Por otro lado, el incremento del resguardo al derecho a la salud estaría supuestamente impidiendo que la parte demandante pueda ejercer plenamente sus derechos pues la búsqueda de disminuir el uso de tabaco y la exposición a sus emanaciones restringe su campo de acción. Así partimos desde el séptimo artículo de la norma fundamental en el que se reconoce la titularidad universal del mencionado derecho y que todos tienen el deber de aportar en su defensa y promoción. El resguardo de este derecho en términos similares también se encuentra considerada en el artículo 25° de la DUDH.

Luego, el duodécimo artículo del PIDESC presenta una importante diferencia ante lo desarrollado por las normas antes mencionadas:

“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.” (ONU, 1966)

Así, se considera que las personas no solamente son titulares del derecho a la salud, sino que lo son del disfrute del nivel más alto posible de salud, ya sea física o mental. Esta es una garantía mucho más amplia que la contemplada en nuestra Constitución y en la DUDH, pues

establece que la salud no se circunscribe únicamente a una dimensión física sino también existen otras como la mental. Asimismo, contempla la adopción de medidas estatales dirigidas a prevenir y tratar afecciones de propagación masiva, tanto de carácter epidémico como endémico, con el fin de garantizar plenamente este derecho. Ello armoniza con el contenido del Convenio OMS, en el cual se considera que el tabaquismo es una epidemia, y como tal, el Perú por ser una parte contratante del PIDESC no tendría que esperar a ser parte contratante del Convenio OMS para combatir el tabaquismo.

Incluso el artículo 10° Protocolo Adicional CADH establece un nivel mayor de protección que el contemplado por el PIDESC:

“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.** (OEA, 1988)

En este instrumento se considera que también existe un elemento social en la salud, por tanto, otorga especial interés a las personas en estado de necesidad y la inmunización total contra enfermedades infecciosas. Este es un estándar del derecho a la salud, mucho más alto, pues contempla también medidas educativas para prevenir y tratar ciertos problemas de salud.

Un atisbo del planteamiento que considera tres aspectos para el derecho a la salud, se halla en el pronunciamiento emitido producto del sumario N° 2016-2004-AA/TC, en el cual se considera la protección de dicho derecho en tres perspectivas: individual, familiar y comunitaria (2004, FJ 29). Esto permite obtener un mayor sentido respecto a la dimensión social de este derecho; por lo cual, se encontraría comprendido dentro de su disfrute al más alto nivel. Así, se contempla que las personas son valiosas tanto como individuos en sí mismos, así como también al ser integrantes de familias y comunidades. Más adelante el TC considera en dicha sentencia que las prestaciones sanitarias públicas tienen una relevancia social pues garantizan mejores niveles de vida y una prestación eficiente asegura la vida y la integridad de los pacientes (2004, FJ 29).

Siguiendo con el campo de resguardo de este derecho, tenemos que la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada en el ordenamiento peruano a través del Decreto Ley N° 18969 de 1971, establece en su artículo 5° que se debe sancionar y erradicar la discriminación racial. En ese sentido, tal elemento identitario – y ningún otro – debe usarse como motivo para restringir el goce al derecho a la salud pública, la asistencia médica y la seguridad social. También, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada en el ordenamiento peruano a través la Resolución Legislativa N° 23432 de 1982, establece en su artículo 12° la eliminación de cualquier trato discriminatorio contra las féminas en materia de acceso y prestación de servicios médicos. Con lo cual, de la interpretación conjunta de ambas se debe considerar que debe asegurarse la prestación de servicios de salud, la asistencia médica y el resguardo en el ámbito de la seguridad social sin discriminación alguna.

Posteriormente, en mérito al Protocolo Facultativo del PIDESC nace el Comité DESC y si bien el Perú no es un Estado parte de este tratado, el Comité mediante la Observación General N° 14 plantea valiosas precisiones respecto al derecho protagonista de este acápite:

“a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. (...)

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. (...). Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. (...)

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados (...)

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. (...).” (2000, p. 4-6)

Así, el Comité DESC ofrece un planteamiento integral del derecho a la salud, pues los íntimos elementos de la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad son la pauta para los Estados durante la ejecución de las prestaciones a sus ciudadanos y el establecimiento de garantías afines. Si bien, pareciera que estos elementos solo están pensados para el momento de la atención médica de una persona; ello no es así, pues el Comité considera que también abarca el acceso al agua potable, sanidad, nutrición y vivienda, adecuadas, condiciones sanas de trabajo y medio ambiente; así como también acceso a la educación e información sobre asuntos relacionados a la salud sexual y reproductiva (2000, p. 4).

Como resultado, el derecho aquí tratado tiene un ámbito resguardador tan amplio como el del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues contempla una amplitud de condiciones necesarias para su goce al más alto nivel en sus diferentes dimensiones. Finalmente, el precitado derecho queda configurado como aquel para cuyo disfrute al más alto nivel posible de salud física, mental y social, en sus tres perspectivas, individual, familiar y comunitaria requiere que el gobierno ejecute una variedad de medidas en asuntos de atención médica, mortalidad infantil y correcto desarrollo infantil, higiene en el medio ambiente y trabajo, inmunización, precaución y prestación de cuidados de enfermedades de tipo epidémica, endémica, profesional y otras, educación de la sociedad sobre la precaución y prestación de cuidados a los problemas de salud. Para ello todos tienen el deber de aportar para su defensa y promoción; así como en la ejecución de las prestaciones no se debe configurar discriminación por razón alguna.

Análisis sobre el caso en concreto

En mérito al desarrollo planteado aquí sobre el campo de resguardo del derecho al libre desarrollo a la personalidad, se concuerda con el pronunciamiento materia de análisis en dos puntos concretos: la libertad de fumar es una expresión del libre desarrollo de la personalidad (I) y como tal, dicho derecho se está viendo afectando al restringirlo (II). Sin embargo, se disiente del planteamiento que le otorga el TC a tal protección, pues –como se mencionó en la primera sección – la prohibición de usar tabaco en los centros educativos se encontraba en la redacción original de la norma y ello no fue objeto de una acción de inconstitucionalidad en la oportunidad debida.

Por otro lado, la sentencia busca edificar el campo de protección de este derecho mediante la iusfilosofía, la cual – como veremos en el tercer apartado de este informe - se puede flexibilizar en su uso a través del enfoque del cual parta y hacia donde quiere ir el órgano jurisdiccional que la esté empleando. Sin embargo, al partir de normas como tratados de derechos humanos, se tiene una aplicación práctica para la protección de los mismos, pues su ámbito de protección no se construye desde una noción del órgano jurisdiccional, sino que se construye en base a una jerarquía normativa clara que le procura un determinado nivel de protección. Respecto de la magnitud de afectación de este derecho, ello podrá encontrarse en una sección posterior.

Sobre los derechos a la libre iniciativa y a la libertad de empresa al estar tan relacionados los analizaremos en conjunto. Sobre ellos, el TC consideró correctamente que ambos derechos son afectados por la norma cuestionada; sin embargo, disentimos respecto a la aproximación que llevó tal afirmación, pues solamente desarrolló en cinco fundamentos jurídicos – del 26

al 30 – el ámbito de protección de los mencionados derechos, pero sin mencionar la intensidad de la afectación; lo cual se realizará aquí en dos apartados diferentes. Primero, ambos derechos tienen como elemento esencial la obtención de rendimiento económico; por lo cual, la afectación de dicho elemento llevaría a una afectación grave a ambos derechos.

Por un lado, la libertad de empresa contiene a las libertades de creación de empresa y acceso al mercado, las cuales no se habrían visto afectadas pues la norma cuestionada no prohíbe la comercialización de tabaco en EPC. Del mismo modo, la libertad de organización no se ha visto afectada porque una empresa puede perfectamente abrirse teniendo como objetivo la venta exclusiva de tabaco. Sin embargo, la libertad de dirección de empresa se ve afectada, ya que se tiene una incidencia en la dirección y planificación de la actividad económica al prohibir las ADF y los establecimientos exclusivos para fumadores.

En un escenario así se debe considerarse si se ha perjudicado efectiva o potencialmente la posibilidad de generar ingresos por la venta de tabaco en EPC, lo cual no ha sido informado la parte demandante. Ello resulta relevante, pues se puede hacer un contraste entre lo acontecido en el expediente materia de análisis con el pronunciamiento emitido producto del sumario N° 0003-2006-PI/TC, el cual versa sobre la acción de inconstitucionalidad sobre el artículo 37° de la Ley N° 28094, *Ley de Partidos Políticos*, en la cual se estableció una franja electoral gratuita en favor de los partidos políticos desde los treinta días hasta los dos días previos a los comicios en radio y televisión, con una compensación mediante una disminución proporcional en el monto a abonar por el canon correspondiente al uso del espectro radioeléctrico o electromagnético. En aquella oportunidad, el TC afirmó lo siguiente:

“(...) de conformidad con la documentación anexada a la demanda, y por sólo citar un ejemplo, por 10 minutos al día de publicidad comercial entre las 19:50 horas y las 20:00 (durante los días lunes a viernes), (...) (Frecuencia Latina), (...) (ATV) y (...) (América), reciben entre \$ 26,660.00 (veinte seis mil seiscientos sesenta dólares americanos) y \$ 30,000.00 (y treinta mil dólares americanos). Esto quiere decir que sólo por 10 minutos al día, en el horario indicado, tales medios no facturan menos de \$ 9'500,000.00 (nueve millones quinientos mil dólares) al año por concepto de publicidad.

*Siendo ello así, considerar que una franja electoral que sólo toma entre 10 y 30 minutos durante 28 días del año, y que no se difunde todos los años, **pueda situar en riesgo, financiero a las empresas radiodifusoras**, es un argumento que carece de todo sustento, y que sólo podría encontrar asidero en una perspectiva netamente utilitarista, ajena (aisladamente considerada) a la función social que los medios de comunicación deben cumplir en un Estado social y democrático de derecho como el peruano (artículo 43° de la Constitución)” (2006, FJ 66)*

Esa norma implicaba que los medios de comunicación perdían la oportunidad de generar ganancias mientras dure la franja electoral de 28 días; sin embargo, ello no se traducía en una medida expropiatoria, pues el Estado estableció un mecanismo de compensación. Del contraste resultante entre este caso y el caso que nos ocupa, tenemos que a las empresas que cuenten con EPC no se les exige que dejen de vender tabaco en sus instalaciones, sino que simplemente no se fume en tales lugares. Si no implica una pérdida pecuniaria, no se podría hablar de una afectación al elemento esencial de este derecho. Por tanto parece que existen elementos para afirmar que se ha producido una afectación a este derecho, pero también elementos para afirmar que no se ha dañado la esencia del mismo; por lo cual, la magnitud concreta de la afectación se encontrará en una sección posterior.

Ahora bien, el derecho a la libre iniciativa privada no cuenta con una preferencia sobre los demás derechos fundamentales, por lo que – al igual que ellos – su ejercicio no puede hacerse en contra de normas de jerarquía constitucional. De la misma manera, aquellos tampoco pueden afectarse mediante una intervención estatal arbitraria e injustificada. Ahora cabe preguntarse cuál es la norma que está siendo objeto de control de constitucionalidad, ya que la norma que impide que se puedan abrir establecimientos exclusivos para fumadores es el artículo 8° del Convenio OMS. La Ley N° 28705 simplemente busca aplicar la protección efectiva reconocida en el tratado; por ello, la parte demandada hace esfuerzos para desconectar la relación entre ambas normas, así como restar el rango constitucional del tratado de derechos humanos. Ya en la primera sección se mencionó que la parte demandante no presentó acción de inconstitucionalidad respecto del Convenio OMS en el momento debido, pero eso no se contempló en el análisis del TC en el entendido de que el TC quería evidenciar que las acciones implementadas para disminuir el consumo de tabaco y la exposición a las emanaciones de su uso no son excesivamente perjudiciales a las libertades ciudadanas.

Así, tenemos que claramente la norma cuestionada es una reducción del campo de acción del derecho a la libre iniciativa privada; sin embargo, corresponde evaluar en otro apartado si la medida establecida para el resguardo del derecho a la salud está justificada o no.

Luego, el desarrollo del campo de protección del derecho a la salud no cuenta con un apartado propio en el pronunciamiento materia de análisis, pues su desarrollo se encuentra un poco más disperso entre los fundamentos jurídicos que corresponden al test de proporcionalidad; por lo que, al momento de contrastar los derechos en conflicto se puede perder de vista el alcance de protección con el que cuenta cada derecho. Su correcta presentación en la sentencia junto a los demás tratados de DDHH vigentes en el ordenamiento jurídico habría implicado que para disminuir el consumo de tabaco y la exposición a las emanaciones de su uso era suficiente considerar al tabaquismo como una epidemia importante a ser combatida por el gobierno peruano. Ello se debe a que los tratados de DDHH permiten construir que el ámbito de protección de este derecho implica el disfrute al más alto nivel de bienestar social en sus dimensiones individual, familiar y comunitaria lo que implica la prevención de epidemias.

Esto se debe a que el Convenio OMS es un paso más en un desarrollo constante en la protección del mencionado derecho; sin embargo, ello no significa que para cumplir con dicho propósito se pueda justificar una afectación abusiva de los demás derechos. Este equilibrio se podrá apreciar en el apartado referido al test de proporcionalidad.

5.3. Sobre el paternalismo jurídico presente en la medida

Corresponde ahora analizar el trasfondo en el cual se desarrolla la creación de la norma cuestionada y este se constituye también como paso previo al test de proporcionalidad en el cual se desarrollará más profundamente el conflicto entre los derechos antes mencionados.

Elementos de configuración de la medida paternalista

La trasgresión a la libertad puede apreciarse de mejor manera si se cuenta con herramientas para identificar una acción o medida paternalista. Alemany considera que la acción paternalista se configura por la concurrencia de tres elementos: modo (I), finalidad (II) y sujetos (III) (2005, p. 268). Por lo cual, si no se manifiestan en conjunto tales elementos no se habría configurado una acción paternalista. Ésta – a consideración de Alemany – implica un ejercicio de poder que se diferencia de una conducta en sí misma benévola en dos aspectos: la acción paternalista afecta la autonomía y en consecuencia es relevante el modo de ejercicio de la acción paternalista “benévola” (2005, p. 268).

Aquí se puede poner un ejemplo para entender esta diferencia. En un escenario tenemos que una persona acaudalada aprecia a un estudiante de derecho y le regala un auto para que pueda desplazarse a su universidad. En otro escenario tenemos que un matrimonio le promete a su hijo estudiante que le regalará un auto si mantiene muy buenas calificaciones por un determinado período de tiempo. En el segundo escenario se puede apreciar que el estudiante cuenta con una motivación para implicarse en mayor medida en sus estudios, decisión que tal vez no hubiera tomado si no se le prometía en regalo un auto. Esta orientación de decisión no se encuentra en el primer escenario, pues el regalo no se encuentra condicionado; así, no se afectaría la autonomía del estudiante.

Este ejemplo también es útil para analizar la naturaleza de la acción, es decir, la diferencia entre un ejercicio de poder y de otras conductas afines. En la obra de Alemany se considera que por un lado el ejercicio de poder consiste en lograr que otros hagan lo que uno quiere y, por otro lado, se afecta las creencias de otros mediante el ejercicio de influencia (Zimmerling citado en Alemany, 2005, p. 269). En el ejemplo apreciamos que el matrimonio busca que el estudiante se aplique a fondo en sus estudios, mientras la persona acaudalada facilita un medio para que el estudiante pueda ofrecer un mejor desempeño académico; por lo cual, al estudiante se le genera la creencia de que si llega a necesitar otro medio necesario para conducirse exitosamente en su vida académica y que no pueda procurarse por determinadas circunstancias podría acudir con la persona acaudalada.

Siguiendo con el desarrollo planteado en la obra de Alemany, el modo del actuar paternalista cuenta con cuatro ideas principales: el ejercicio de poder pretende obtener intencionalmente (I), un comportamiento de otro (II), es posible que al ejercer influencia se pueda ejercer poder (III) y el ejercicio de poder hace responsable al paternalista aunque el poder se ejerza por medio de la influencia (IV) (2005, p. 269). Estas cuatro ideas son útiles para discernir entre una acción paternalista y cuándo una acción en sí misma benévola. Aunado a ello, tenemos que el ejercicio de influencia puede llegar a configurarse como una acción paternalista, mientras que el ejercicio de poder siempre estará presente en la configuración de la misma.

Respecto de esta diferencia, Alemany considera que el poder y la influencia pueden ser ejercidos intencionalmente, pero el poder siempre se ejerce intencionalmente (2005, p. 269). Regresando al ejemplo, el matrimonio claramente está ejerciendo poder sobre su hijo estudiante para que se motive a estudiar más, mientras que la persona acaudalada ejerce influencia al regalar un auto al estudiante. Esto se debe a que al no brindar los medios de mantenimiento o combustible orilla – sin pretenderlo – al estudiante a conseguir un trabajo para mantener el auto en buenas condiciones.

Respecto de la idea (II), Alemany considera que la finalidad del paternalismo es evitar que el receptor se cause – por acción u omisión – daño a sí mismo o un incremento del peligro de sufrir un daño (2005, p. 269). El ejemplo dado líneas arriba claramente grafica esta finalidad, pues los padres pretenden que su hijo evite perder de foco obtener buenas calificaciones, mientras que la acción de la persona acaudala no pretende evitar un daño. Este último escenario inclusive podría ser perjudicial para el estudiante, pues podría destinar el auto para fines distintos a los que originaron el regalo favoreciendo la distracción de los estudios y mermando su desempeño académico. Por el lado de la idea (III), esta puede apreciarse en el ejemplo que dimos en el matrimonio y el hijo estudiante, ellos al premiar los esfuerzos académicos generan una creencia de que la excelencia y exhaustividad en las labores tienen recompensa; lo cual, conducirá al hijo a desempeñarse en el mundo laboral de tal manera que pueda obtener de sus jefes una recompensa.

En la calle de la idea (IV), Alemany considera lo siguiente:

“la cuestión de por qué el paternalismo constituye un problema moral si es una conducta esencialmente benevolente. La respuesta estaría en que siempre que A ejerce el poder sobre B se abre la posibilidad de responsabilizar a A por lo que B ha hecho” (2005, p. 270).

En el ejemplo, el hijo estudiante podría experimentar un deterioro físico o mental en caso le sea muy complicado mantener altas calificaciones para conseguir el auto prometido por sus padres. En tal escenario, un observador externo responsabilizaría a los padres por el padecimiento de su hijo y de alguna manera eso quita del foco la dignidad del hijo, pues se considera que sus esfuerzos son producto de la acción de alguien más y no los suyos propios.

Hasta aquí tenemos que el desarrollo de Alemany sobre el modo de la acción paternalista se diferencia de un acción por sí misma benévola en que aquella siempre es un ejercicio intencional de poder para obtener un comportamiento o un no comportamiento por parte del sujeto receptor para evitarle daño. Ello puede ser mediante acciones concretas o incidir en sus creencias mediante un ejercicio de influencia, pero quien es responsable de los actos es el paternalista, no quien en mérito a dicha acción realiza un comportamiento o un no comportamiento

En los dos escenarios propuestos se ha podido apreciar la diferencia entre los sujetos que participan en una acción paternalista, pues el sujeto receptor siempre está en una posición débil frente a la otra parte. Además, al paternalista le promueve un interés por procurar que el receptor se vea dañado o expuesto a un riesgo. Ello puede ser porque el paternalista se encuentra en una posición de garante respecto del receptor. En el ejemplo del matrimonio, ellos claramente buscan procurar el mejor destino profesional para su hijo, mientras que en el caso que nos ocupa el Estado busca cumplir con los mandatos dispuestos en los artículos 1° y 7° de la norma fundamental. En el supuesto de que ambas partes de la acción paternalista estuvieran en posiciones iguales o similares, no estarían dispuestas gratuitamente a evitar un daño o riesgo a la otra parte.

Respecto de la finalidad, como vimos líneas arriba, la acción paternalista busca evitar un perjuicio o la intensificación de un riesgo para el sujeto receptor. En vistas de tener claro qué significa un daño en este contexto, Alemany considera que este tipo de daño puede ser físico,

psíquico o económico, pero no otros como los daños morales; asimismo, no significa que ello le genere un beneficio a otro (2005, p. 270). Volviendo al ejemplo, el matrimonio parece que a primera vista no está evitando un daño de alguno de los tipos mencionados por Alemany; sin embargo, el evitar que su hijo obtenga malas calificaciones podría llegar a considerarse como una medida para mitigar el riesgo de que su hijo desaproveche la oportunidad de procurarse los mejores medios para que a futuro pueda proveerse recursos para sí mismo.

De alguna manera podría considerarse que la medida está evitando reducir el riesgo de un posible daño económico; sin embargo, Alemany contempla que la acción paternalista no debe generarle ningún beneficio al sujeto receptor y claramente el regalo del auto se constituye como un beneficio en favor del hijo estudiante. Esto plantea algunas incógnitas, ¿por qué la acción paternalista no puede generar un beneficio? ¿se seguiría hablando de paternalismo?

Diferencia entre el paternalismo jurídico y el perfeccionismo moral

Alemany enuncia que la acción paternalista consiste en evitar que las personas se vean orilladas a coyunturas peores al umbral mínimo aceptable de necesidades básicas, pero cuando se busca propiciarle beneficios se torna en perfeccionismo (2005, p. 271). Viendo la norma cuestionada en el caso que nos ocupa, encontramos que no está permitido consumir cigarrillos de tabaco en centros de salud, pues si estuviera permitido fumar en tales espacios quienes busquen una atención médica – dada la dilatada espera para la atención sanitaria pública – podrían salir del recinto con un nivel de salud inferior con el que entraron. En el ejemplo del hijo estudiante, vemos claramente que el matrimonio busca premiar un comportamiento positivo de acuerdo a sus valores, lo cual dejaría de ser una medida paternalista para pasar a ser una medida perfeccionista. Este contraste entre ambas situaciones permite apreciar la diferencia entre paternalismo y perfeccionismo.

Alemany sigue desarrollando este concepto y propone que el perfeccionismo busca procurar un nivel máximo de necesidades básicas y que el receptor actúe en mérito de intereses no contemplados; entonces, considera que el perfeccionismo maximiza beneficios y tiene orientación moral (2005, p. 272). Asegurar un estándar mínimo que no pueda dejar de estar protegido es mucho más valioso socialmente que promover y premiar un ideal de vida, pues esto último parte de la premisa que los individuos no tienen capacidad de poder trazar su camino de desarrollo en la vida. Si el Estado llega a actuar bajo el perfeccionismo, tenemos que estaría un paso más cerca de un peligroso totalitarismo. De alguna manera promover y premiar un ideal de vida podría llevar incluso a que se justifique el no asegurar un estándar mínimo de protección, responsabilizando a los propios individuos que no son capaces de procurarse los mínimos cuidados.

En la obra de Garzón se considera incluso que una medida perfeccionista buscaría mediante una prohibición jurídica hacer perfecto el carácter de cada persona a quien se le imponga (Feinberg citado en Garzón, 1988, p. 157). Esto resalta la diferencia entre sujetos que participan en una acción perfeccionista. En el ejemplo del matrimonio que regala un auto a su hijo estudiante por un buen rendimiento académico, claramente se puede observar una intención de forjar un mejor carácter en él; sin embargo, no se establece una prohibición para direccionar el carácter del hijo. Ello evidencia que la autonomía y la libertad de una persona puede afectarse mediante una prohibición o un premio, y claramente a nivel de una familia no

habría mayor problema con dicha medida. Sin embargo, ello cambia cuando una medida de tal naturaleza se traduce en una política de Estado.

Hemos visto que una medida paternalista busca evitar un daño, mientras la medida perfeccionista procura un beneficio a la persona receptora de la acción, pero ¿es posible que el paternalismo pueda recurrir a incentivos para evitar daños? Cárdenas considera que a través de los “nudges” esto podría ser posible. Este concepto es un anglicismo que se basa en las situaciones en las que se motiva a alguien a través de un leve golpe en el costado con el codo (Cárdenas, 2022, p. 97). Esta es una suerte de acto de caramadería a través del cual se contagia valor o coraje a alguien para que se aventure a hacer algo. A nivel del Estado, se podría mantener el carácter horizontal en el que nace ese concepto si en lugar de promover un ideal que todos deberían alcanzar, motivar a una persona a evitar activamente dañarse o verse expuesta a un riesgo.

En la obra de Cárdenas también se refiere a los “nudges” como *“cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos”* (Sustein citado en Cárdenas, 2022, p. 97). Los “nudges” buscan respetar la autonomía y libertad de los sujetos receptores de la acción, pues no prohíbe que el sujeto se decante por una acción que le pueda causar daño o exponerla a riesgo ni tampoco se traduce en un premio tan significativo que induzca a realizar el comportamiento.

Justamente, por el especial respeto que se merecen la autonomía y libertad de los ciudadanos; Cárdenas considera que esta herramienta solo debería usarse cuando el riesgo de un comportamiento no caiga exclusivamente sobre una persona, sino sobre las demás (2022, p. 98). Por ejemplo, un establecimiento establece una premiación de descuentos o concursos especiales a los conductores designados por mantenerse sobrios y regresar a sus amigos a casa luego de las veladas. Otro de los escenarios en los que el riesgo de un comportamiento no cae solamente sobre la persona, sino sobre los demás fue durante la vacunación contra el COVID-19.

El autor comparte que en ese escenario algunos Estados limitaron el acceso a ciertos establecimientos comerciales, educativos o recreacionales a los no vacunados, o realizaron un sorteo entre vacunados para promover la medida (2022, p. 96-97). Este concepto encaja con la idea presente en el trabajo de Alemany de ser una forma de ejercer poder a través de ejercer influencia, pues se busca promover la creencia que compartir espacios con no vacunados puede ser peligroso para los vacunados, pues se podría dar un nuevo brote de una enfermedad infecciosa. Esto es más respetuoso de la autonomía y libertad individual que por ejemplo una medida en la que unos médicos acompañados por militares vayan vacunando casa por casa en zonas en las que se sepa que no hay muchos vacunados.

Respecto de la justificación, Alemany considera tres criterios para que el paternalismo sea justificado:

“A ejerce paternalismo sobre B por medio de X, de forma justificada si y sólo si:

- 1) X es una medida idónea y necesaria, en el sentido de que evita que B se dañe a sí mismo o incremente el riesgo de daños (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico)*

- y no hay una forma alternativa no paternalista y de costes razonables de evitar esos daños, y
- 2) la tendencia a la producción de esos daños o el incremento de riesgo de daños tiene su fuente en una situación de incapacidad básica del sujeto B, y
 - 3) se puede presumir racionalmente que B prestaría su consentimiento tanto a la posibilidad general de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones como el contenido concreto de X, si no estuviera en una situación de incapacidad básica” (2005, p. 289)

El primer punto consiste claramente en un llamado “test de proporcionalidad”, el segundo punto consiste en que la capacidad de una persona de poder conducirse en la vida no se haya visto mermada por una condición propia de la persona o una influencia externa irresistible. Por último, el tercer punto se refiere a que si la persona receptora de la conducta estuviera sin esa condición que afecta su capacidad normalmente decidiría que se presente la medida paternalista. Un ejemplo de esto se podría encontrar por ejemplo si una empresa tiene el contrato con el Estado para construir una carretera en la sierra peruana, pero en un momento de la ejecución de la obra ocurre un deslizamiento que impide seguir realizando la obra por un tiempo indeterminado. En esa situación, no se le puede obligar a la empresa a seguir construyendo la carretera, porque le es imposible de acuerdo al contexto. En caso el contrato fuera resuelto por la imposibilidad de seguir ejecutándolo tampoco acarrearía ninguna penalidad pues la causa no fue por un error o negligencia de la empresa.

Casos de perfeccionismo moral

A continuación se presentaran unos casos que ayudarán a dejar claras las diferencias entre el perfeccionismo moral y el paternalismo jurídico. Ello también permitirá ilustrar la magnitud real de la discusión sobre el expediente materia de análisis. En cada caso, el nivel de restricción de la libertad y autonomía individual irá incrementándose.

En el año 1975 la Corte Suprema de Justicia del Perú disolvió a la persona jurídica constituida denominada “Asociación Peruana de Protección Familiar” – asociación que tenía por objeto la promoción de la planificación familiar – con el siguiente fundamento:

“En abierta oposición a los postulados del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada [sic], de promover superiores niveles de vida, compatibles con la dignidad de la persona humana, a los sectores menos favorecidos de la población; por afectar a los principios fundamentales de la sociedad peruana y a las garantías precisas de su existencia, que cautela el orden público... y estar en contraposición a los [sic] dispuesto en los artículos 6°, 7°, 8°, 17°, 26°, 32°, 114°, 153°, 183° y 184° del Código Sanitario (Decreto Ley N° 17505)” (Ramos y Gálvez, 2008, p. 472)

Además de las infracciones normativas que tenía en su momento la mencionada asociación, se consideró que esta debía disolverse por ir en contra de los principios propuestos por el gobierno. No es lo mismo invocar los principios de un gobierno que invocar los principios obtenidos a través del desarrollo histórico de una sociedad o un pueblo, pues este responde a la evolución de las necesidades y valores una sociedad mientras que aquel es una clara imposición de valores por un gobierno.

La magnitud de la “promoción de superiores niveles de vida” se puede observar a continuación:

*“El artículo 43° de los Estatutos de la Asociación Peruana de Protección Familiar dispone que **en caso de disolución, el íntegro de sus bienes,** previos [sic] inventario **se entregará a instituciones que realicen estudios de la misma naturaleza de los que persigue la Asociación, lo cual, según lo entendían los magistrados era jurídicamente imposible,** sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 63° del Código Civil, y por lo tanto procedieron a entregar el íntegro del patrimonio a una entidad que debía designarse en Sala Plena, una institución dedicada a proteger la salud de las madres y de los niños en todo el territorio nacional.”* (Ramos y Gálvez, 2008, p. 473)

De esta manera, la Corte Suprema de la época prohibía no solo las actividades de la asociación, sino que también imposibilitaba la existencia de una asociación que se dedicase a estudiar sobre la planificación familiar en el país. Claramente aquí se puede apreciar que no se estaba buscando asegurar un umbral mínimo de protección sobre alguna necesidad básica de la sociedad, sino que mediante la prohibición se pretendía fomentar o mantener un ideal que debía seguir la sociedad. Asimismo, el órgano jurisdiccional no realizó un análisis de proporcionalidad para disolver la asociación; con lo cual, la interpretación meramente legalista de las normas vigentes de la época llevó a una restricción muy grande a la autonomía y libertad individual que querían fomentar o estudiar sobre la planificación familiar.

Tampoco se presenta en el contexto que una situación de vulnerabilidad interna o externa que limite la capacidad del grupo de personas que hubiese dado la posibilidad de suponer racionalmente que hubiesen consentido la posibilidad de recibir la medida estatal. Si bien esto afectaba severamente el proyecto de vida del grupo humano que pertenecía a la asociación, no era una medida que afectara a generalidad de la población, pues se buscaba protegerla – aunque con un criterio arbitrario – de una idea “perniciosa”; sin embargo, en los siguientes casos veremos como se afecta a la generalidad de la población en el afán de “protegerla”.

Hace más de un siglo ocurrió una situación muy particular en los Estados Unidos, la cual se desarrollaba en el contexto de una epidemia que dejaría un hito cuestionable en su ordenamiento jurídico. Loe destaca que en 1904 Henning Jacobson tuvo serias reacciones negativas tras la aplicación de una primera dosis de una vacuna contra la viruela, y para la aplicación obligatoria de la segunda dosis el Estado impuso una multa de 5 dólares (2017). En este caso denominado Jacobson vs. Massachusetts, el Estado busca evitar un daño a la población a través de la imposición de una multa, lo cual es un severo daño al patrimonio de la mayoría de las personas considerando que “*un dólar en esa época equivalía literalmente a tener un “vale por 1/20 onzas de oro”, esto a su vez significaba que una onza de oro valía 20 dólares*” (Garmendia, 2012, p. 50). De tal manera, que la multa alcanzaba un valor de un cuarto de una onza de oro, lo cual es una multa muy alta, pues como enuncia Wihbey el primer salario mínimo en Estados Unidos era de 25 centavos de dólar por hora y fue establecido en 1938 con la Fair Labor Standards Act (2016).

Considerando que en 1934 la onza de oro pasó a costar 35 dólares (Garmendia, 2012, p.52), si la multa hubiera sido impuesta en el año 1938, un trabajador con salario mínimo hubiera invertido aproximadamente 35 horas de trabajo, equivalente a casi toda una semana de trabajo con una jornada de 8 horas. Ello con el umbral mínimo de protección de 1938; sin embargo, en 1904 no existía un umbral mínimo de protección respecto a un salario mínimo; con lo cual, era posible que un trabajador tardase mucho más de una semana en obtener lo

suficiente para poder pagar la multa. Ello sin considerar que debe procurar asegurarse las demás necesidades básicas.

Por esa razón, Jacobson realizó las acciones necesarias para evitar la multa por la vacunación obligatoria. Sin embargo, la Corte Suprema sentó su posición en la creencia de la infalibilidad médica, entonces si los especialistas consideraban segura la vacunación, no existía posibilidad de que los efectos adversos fueran negativos (Loe, 2017). Esto significa que para la aplicación de esta medida el Estado no tuvo en consideración un examen de proporcionalidad respecto a la medida e incluso la valoración se realizó en mérito a la creencia que se tenía sobre el buen actuar de los especialistas en medicina. Al no basarse en una sólida valoración de pruebas, hace mucho más arbitrario el pronunciamiento de la Corte Suprema.

Luego, tal órgano jurisdiccional consideró que, en cumplimiento de la Constitución, se podían establecer múltiples restricciones para alcanzar el bien común, incluso imponiéndolas coercitivamente si ello resultara indispensable, sin ninguna distinción posible (Loe, 2017). Eso evidencia una clara diferencia entre un sistema que pone primero la libertad de sus ciudadanos y otro que prioriza el poder del Estado. Loe menciona que fue una decisión utilitarista basada en una operación matemática orientada a maximizar la felicidad colectiva; por ello, si se permitía que una persona no se vacunase, se arriesgaría la seguridad pública (2017). Así, la medida es claramente paternalista, porque busca evitar un daño de una necesidad básica como lo es la salud y no está buscando procurar un beneficio a la población ni imponer un ideal de ciudadano.

Sin embargo, estas medidas no cumplen los tres requisitos de justificación vistos antes. No se hace un examen de proporcionalidad en las medidas aplicadas, dado que no se contrasta, simplemente es suficiente la creencia en la infalibilidad médica. Si bien esta medida busca superar una incapacidad externa de las personas, pues en aquel tiempo la mayoría no contaba con medios para poder resistir una epidemia como la de varicela, ningún derecho ni siquiera la salud está por encima de la libertad y autonomía individual como para justificar una intensa afectación contra las mismas.

Como se considera en el tercer requisito de fundamentación de una medida paternalista, se debe analizar la situación de las personas de tal manera que se puede presumir que las mismas racionalmente hubiesen dado su consentimiento a la posibilidad de recibir la medida estatal. Claramente una multa muy alta no era algo que hubiesen consentido; lo cual, torna esta medida como una de paternalismo injustificado. Aunque se hubiesen implementado nudges para promover la vacunación, al no cumplirse el requisito del examen de proporcionalidad la medida seguiría siendo injustificada. Ha de tenerse en cuenta que los nudges se presentan en un contexto en el cual resulta valioso la salvaguarda de la libertad y autonomía individual; por lo cual, estaría muy en duda que se hubiesen implementado.

El caso Buck vs. Bell también es un pronunciamiento importante realizado por la Corte Suprema estadounidense. Aquí, se resolvió que el gobierno estatal de Virginia tenía la facultad de someter para salvaguardar la salud pública, al captar sin su consentimiento a una joven pobre de 17 años llamada Carrie Buck, quien fue declarada incapaz mental (Loe, 2017). Esta es una medida sumamente restrictiva de la libertad y autonomía de las personas e incluso se debe considerar que tal medida es muy discriminatoria, pues considera como un

atentado a la salud pública el nacimiento de personas con determinadas condiciones de salud.

El fundamento usado en la sentencia fue de una terrible magnitud:

*“Es mejor para el mundo, que si en lugar de esperar a ejecutar a los degenerados hijos del crimen o dejarlos morir de hambre por su imbecilidad, la sociedad pudiera evitar que aquellos que son evidentemente impropios continúen su estirpe. **El principio que sostiene la vacunación obligatoria es lo suficientemente amplio** (Jacobson vs. Massachusetts) **como para abarcar el corte de las trompas de Falopio. ¡Tres generaciones de imbéciles son suficientes**” (Loe, 2017)*

El paternalismo injustificado del caso Jacobson vs. Massachusetts fue tomado como fundamento para dar paso a uno de los pronunciamientos más infames realizados en una democracia. Se consideró que era valioso para la sociedad evitar el nacimiento de ciertas personas e incluso en la sentencia se presenta un grave insulto que refleja el pensamiento de la época. Se consideró que, en la búsqueda de lograr un ciudadano ideal, se debía evitar que pudieran existir personas que no pudiesen adecuarse a ese ideal. El caso Buck vs. Bell no buscaba evitar un daño para una persona incapaz, sino que buscaba proteger a la sociedad de una persona incapaz, lo cual claramente es una concepción desvirtuada de la justicia. Un caso con un fundamento como ese, claramente no contempló como primer paso un examen de proporcionalidad y menos que se pueda presumir racionalmente que las personas receptoras de esa medida hubiesen dado racionalmente su consentimiento para que les aplicasen la medida en caso de contar con una capacidad básica.

De la revisión de estos tres casos tenemos que, si un ordenamiento jurídico decide admitir una medida paternalista injustificada, ésta puede usarse luego como argumento para justificar una medida perfeccionista. Asimismo, tenemos que una medida perfeccionista implica un daño al proyecto de vida de las personas receptoras de la medida, inclusive se puede llegar a prohibir tales proyectos en búsqueda de promocionar ideales.

Análisis en el caso en concreto

En el Fundamento Jurídico 44 del pronunciamiento que nos ocupa se consideró que en principio toda forma de paternalismo jurídico está prohibida, aunque luego en el FJ 50 se acepta excepcionalmente, estamos de acuerdo con esta postura, pero diferimos en la aproximación que lleva a esa conclusión. Esto se debe a que el TC no desarrolla una serie de criterios a tener en cuenta para la configuración del paternalismo jurídico, sino que lo maneja de una manera más abierta, como se aprecia en los FJ 54 y 55. Consideramos que los criterios aportados en la obra de Alemany otorgan mayor seguridad jurídica, pues son herramientas útiles tanto como para el Poder Legislativo como para el TC al momento de ejercer el control constitucional de una norma.

Esto también otorga garantías para los ciudadanos, pues sabrían que elementos debe cumplir una medida paternalista para estar debidamente justificada, dada la afectación a la autonomía y libertad individual. De la misma manera, no se podría aplicar para evitar cualquier tipo de daño a un bien jurídico o derecho, sino solamente cuando se genere o exista peligro de un daño físico, psíquico o económico. Así las cosas, este enfoque es compatible con lo

considerado en el FJ 46, pues favorece la posibilidad de que las personas en ejercicio de su autonomía y libertad alcancen el derecho a equivocarse y en mérito de ello aprender de sus errores para construir un mejor proyecto de vida.

Sin embargo, este derecho a equivocarse se enmarca dentro de la posición de garante del Estado. Por lo cual, se busca avalar que las personas no padezcan daños de tipo físico, psíquico o económico, o reducir las posibilidades de sufrirlos. Claramente este rol de garante no se aplica a todas las actividades riesgosas, sino que el Estado prioriza la protección de unas debido a la importancia de la contribución de tales actividades a la sociedad. De esta manera actividades riesgosas como la extracción de hidrocarburos o minerales cuentan con una protección – seguro adicional – que no cuentan actividades como la práctica del boxeo o piruetas en motocicleta.

Claramente en esas cuatro actividades, las personas despliegan su derecho al libre desarrollo a la personalidad en tanto que su proyecto de vida se encuentra íntimamente relacionada con la actividad por el riesgo que conlleva realizarla. Asimismo, es posible que durante la ejecución de tales actividades se consagre “el derecho a equivocarse” y cualquiera de esas actividades conduzca a graves daños para sus ejecutantes. En el supuesto de que para evitar daños físicos el Estado prohíba los deportes de riesgo como los mencionados en el párrafo anterior, estaría desvirtuando su posición de garante. Ello es precisamente la diferencia entre el paternalismo jurídico justificado, el perfeccionismo moral y el paternalismo jurídico injustificado, pues en estos dos últimos el Estado desvirtúa el rol que debe cumplir imponiendo restricciones que vulneran la autonomía y libertad individual.

Por último, encontramos dos matices entre el desarrollo presente en este informe y la sentencia materia que nos ocupa. En el FJ 49, el TC considera que la “tiranía de los valores” ocurre porque una mayoría impone sus valores morales a la población, aunque como vimos en los ejemplos de perfeccionismo moral, ello también ocurre durante un gobierno de facto que busque imponer un superior nivel de vida entre la población. Por otro lado en el FJ 57 se menciona a las medidas paternalistas informativas como una forma de orientar la voluntad individual para que actúen de tal manera que se eviten daños o exponerse a riesgos. Ello calza con los nudges desarrollados en el informe, pero con un alcance limitado, pues los nudges no son empleados únicamente para informar sino para orientar activamente – sin vulnerar su autonomía ni libertad – que las personas actúen para evitarse daños o exponerse a riesgos.

Luego de este desarrollo y para un estándar mayor de cuidado de la autonomía y libertad individual corresponde analizar si la norma cuestionada cumple los tres requisitos para ser un paternalismo jurídico justificado; el cual tiene como primero el test de proporcionalidad.

5.4. Sobre el test de proporcionalidad

Ahora veremos el test de proporcionalidad para analizar si la medida paternalista de la norma cuestionada cumple el primer requisito de justificación. Asimismo, se debe tener en cuenta que este test de proporcionalidad considerará los contenidos desarrollados hasta ahora en el informe, esto es, en base a las diferencias que manifiesta el presente trabajo de la sentencia del TC.

En la sentencia del TC recaída en el Expediente N° 045-2004-PI/TC se consideran los siguientes pasos en el análisis de una medida bajo el marco de un test de proporcionalidad: a) Determinación de la intervención, b) Determinación de la intensidad de la intervención, c) Determinación de la finalidad (objetivo y fin), d) Examen de idoneidad, e) Examen de necesidad y f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (2005b, FJ33). Primero, la intervención estatal se vería reflejada en las modificaciones planteadas mediante la Ley N° 29517, en el extremo de que se prohíbe fumar en EPC, descartando así las ADF. Ello puesto que la redacción original de la Ley N° 28705 ya establecía la imposibilidad de usar tabaco en centros educativos; con lo cual, ello no puede ser parte del control en el expediente materia de análisis al no haber sido cuestionado en la oportunidad debida. La parte demandante alega que la medida vulnera sus derechos a la libertad de empresa, a la libre iniciativa privada y al libre desarrollo de la personalidad; mientras que la parte demandante asegura que la medida o intervención busca proteger el derecho a la salud de quienes fuman como de quienes no.

Determinación de la intensidad de la afectación de los derechos involucrados por la medida

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha clasificado en tres los niveles de intensidad de la afectación de un derecho fundamental por una intervención del Estado: grave, media y leve; por lo cual, se hace razonable, tenerlos presentes para un análisis más exhaustivo. Así, el TC consideró lo siguiente para cada uno de los niveles de afectación:

*“a) Una intervención es de intensidad grave cuando (...) se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) **y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental** (...)*

b) Una intervención es de intensidad media cuando (...) se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (...) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

c) Una intervención es de intensidad leve cuando (...) se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo” (2005b, FJ35)

Aquí el TC ha establecido los criterios configurativos de cada nivel de intensidad de afectación, los cuales se tendrán en cuenta para el análisis de la afectación de derechos alegada por la parte demandante. En un acápite anterior se pudo apreciar que los derechos a la libre iniciativa privada y a la libre empresa tienen como esencia la obtención de un rendimiento económico por la actividad y el ejercicio de ambos no puede poner en riesgo a la seguridad, salud o moral públicas. Tan es así que en mérito al resguardo de dichos bienes jurídicos se pueden establecer ciertos requisitos para el desenvolvimiento a la actividad empresarial. Los mismos deben ser proporcionales y razonables para el cumplimiento de su cometido.

Para la valoración de los criterios configurativos, se debe tener en cuenta el parámetro establecido por el TC para el test de proporcionalidad en la sentencia emitida producto del sumario N° 0050-2004-AI/TC:

*“(…) es una análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado **con el valor superior justicia**; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales” (2005c, FJ 109)*

Considerando que, el valor de la justicia puede llegar a ser abstracto, este puede hacerse más concreto o práctico si se interpreta en conjunto con el artículo 103° de la norma fundamental, en la cual se establece:

“Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.*

Constitución no ampara el abuso del derecho.”

Así, no se legitima el abusivo ejercicio de un derecho por una persona jurídica o natural, tampoco se legitima el ejercicio abusivo de una competencia del Estado, pues existen mecanismos como el marco en el cual se desarrolla el expediente materia de análisis. Considerando que, la norma cuestionada no nace con un afán discriminatorio de hacer una diferenciación en los términos considerados en el inciso 2 artículo 2° de la norma fundamental y que la misma no prohíbe la comercialización de tabaco en EPC ni la apertura de establecimientos dedicados exclusivamente a la venta de tabaco, tenemos que no afecta el elemento esencial de los derechos a la libertad de empresa ni a la libre iniciativa privada, pues no disminuye las posibilidades de generar rendimiento económico. Tan es así que la parte demandante no contempla en sus escritos que la medida haya llevado a la pérdida de ingresos, tal como se expuso con el contraste con la sentencia emitida producto del sumario N° 0003-2006-PI/TC en el segundo apartado de este informe.

Asimismo, se tiene que la parte demandante no considera que la nueva medida genere mayores gastos operacionales respecto de la medida anterior; así como tampoco considera que el cambio normativo torne las multas o sanciones establecidas en el Anexo N° 7 del Reglamento de la Ley N° 28705 en expropiatorias o abusivas. En el supuesto negado de que ello fuera así, se podría plantear que – desde la perspectiva del derecho a la libertad de empresa, más no desde el derecho a la libre iniciativa privada – se ejerce una medida discriminatoria contra las empresas dedicadas a la venta de tabaco, pues solamente a este tipo específico de empresas que venden tóxicos sociales se las estaría sometiendo a medidas tan restrictivas. Por ello, no es posible afirmar que la norma cuestionada busque dañar la posibilidad de que una empresa centre su actividad económica en la venta de tabaco en un espacio público cerrado. En consecuencia, se puede afirmar que la norma cuestionada no impide el ejercicio de los derechos mencionados.

Ahora bien, ello no implica que no exista una restricción al derecho a la libertad de empresa, específicamente referido a su manifestación de libertad de dirección, pues no se permite la opción de que existan locales exclusivos para consumidores de tabaco en el que trabaje solamente personal con el mismo gusto por tóxicos sociales; en el mismo caso, se encuentra

la afectación al derecho a la libre iniciativa privada. En el desarrollo del test regresaremos sobre este punto, pero de momento la existencia de esta restricción al no basarse en una razón discriminatoria y afectar un elemento no sustancial del derecho a la libre empresa, constituye a la norma cuestionada como una afectación de intensidad leve a los mencionados derechos.

Por otra vertiente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad en su manifestación de libertad de fumar no puede ejercerse en EPC, pues la norma prohíbe tal comportamiento en esas específicas circunstancias. Para una perspectiva macro de este asunto, se puede contrastar el ejercicio de este derecho con un caso de particulares similitudes. Sierra y Osorio hacen un análisis respecto al fallo T-479 de la Corte Constitucional de Colombia la cual surgió de una solicitud de amparo de unas reclusas para lograr un trato igualitario con los reclusos, pues solo ellos contaban con un espacio para fumar, y también buscaban proteger su derecho al libre desarrollo de la personalidad (2023, p. 75-76). Se puede apreciar que reclusas y reclusos cuentan con ambientes distintos, los cuáles determinan las actividades que pueden realizar durante su estancia en prisión. A pesar de que se limitan derechos en tal ambiente, no existe una prohibición absoluta de fumar en prisión, como sí lo pueden hacer los reclusos del caso mencionado. A pesar de ello, las reclusas no tenían esta posibilidad debido a la distribución de los espacios en prisión, lo que marca un claro impedimento para el ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En vista de ello, el órgano jurisdiccional ordenó la adecuación y establecimiento de un espacio al aire libre y un horario que hagan posible que las reclusas puedan fumar (Sierra y Osorio, 2023, p. 78). Si contrastamos la situación de las reclusas que no contaban con un espacio apto para fumar con la presente prohibición de consumir tabaco en EPC en mérito al mandato de la norma cuestionada, tenemos que en el segundo caso no se configura un impedimento para la libertad de fumar, sino que se realiza una restricción de tal libertad. Inclusive, no se trata de una restricción absoluta, sino una relativa; con lo cual, no se puede afirmar que sea una afectación grave del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues puede ejercerse la libertad de fumar en espacios que no sean públicos ni cerrados.

Como ocurrió con el derecho a la libertad de empresa, la demandante no considera que el cambio normativo torne las multas o sanciones presentes en el Reglamento de la norma en expropiatorias o abusivas. Asimismo, no se criminaliza el consumo del tabaco, nadie será arrestado por consumir dicha sustancia; por lo cual, no puede afirmarse que la medida sea discriminatoria, pues no se somete exclusivamente a los consumidores de tabaco en cualquier circunstancia a un trato que le restrinja derechos que no experimentan por ejemplo los consumidores de alcohol o comida chatarra. Por consiguiente, tenemos que la afectación al libre desarrollo de la personalidad es de intensidad leve.

Determinación de la finalidad de la medida

Ahora bien, respecto de la evaluación de la finalidad de la medida, el TC ha considerado lo siguiente en el pronunciamiento emitido producto del sumario N° 8726-2005-PA/TC:

*“Bajo este concepto se comprende la finalidad que el órgano productor de la norma ha pretendido alcanzar a través de la medida implementada. (...) implica, a su vez, dos aspectos: el objetivo y el fin. **El objetivo es el estado de cosas que pretende lograrse con la medida***

*(intervención) normativa. **El fin es el derecho, principio o valor constitucional que justifica dicha intervención.**" (2005d, FJ 11)*

El estado de cosas en el que se despliega la norma cuestionada se desarrolló en la segunda parte de este informe, en la que se encontró como la DUDH, el PIDESC, el Protocolo Adicional CADH y la Observación General N° 14 del Comité DESC son tratados de DDHH que amplían el ámbito de resguardo del derecho a la salud. Además, se tiene que estos tratados son anteriores al Convenio OMS; por ende, este instrumento se vale del superior umbral de protección desarrollado por los tratados anteriores para direccionarlos concretamente en la protección contra el tabaquismo.

En este contexto, la norma cuestionada tiene como objetivo hacer efectivo el compromiso asumido por el Estado peruanos a través del Convenio OMS. Por tanto, aunque la norma cuestionada fuera declarada inconstitucional, existe un umbral de resguardo constitucional del derecho a la salud que protege contra el tabaquismo. Es por esa razón que la parte demandante intenta argumentar que el Convenio OMS no ostenta rango constitucional, aunque esa premisa no resiste análisis alguno. También es debido a ello que la parte demandante intenta desligar el Convenio OMS de la norma cuestionada, aunque en realidad esta es una consecuencia de aquella; por tanto, para evitar esta situación debió haber interpuesto una acción de inconstitucionalidad contra el Convenio OMS en primer término.

El fin de la norma cuestionada es el mismo que se puede encontrar en el artículo 3° del Convenio OMS, reducir el consumo y exposición al humo de tabaco para la defensa del derecho a la salud de fumadores y no fumadores. En ese sentido, tenemos que la norma cuestionada no surge de la arbitrariedad antojadiza del legislador, sino que es fruto de un desarrollo constante en materia de resguardo del derecho a la salud.

Examen de idoneidad

En el siguiente paso, tenemos al examen de idoneidad, de acuerdo al cual:

"(...) toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine." (2005c, FJ109)

Tenemos que la norma cuestionada es un paso en el constante avance para el resguardo del derecho a la salud en razón de que su existencia busca concretar el umbral de protección planteado en los tratados mencionados líneas arriba. Siendo ese el marco, se puede afirmar rotundamente que cuenta con legitimidad constitucional. Adicionalmente, se debe considerar que a pesar de que el Convenio OMS rija en el ordenamiento jurídico peruano como un tratado de DDHH y por tanto de jerarquía constitucional, ello es insuficiente para proteger el derecho a la salud de quienes no consumen tabaco, pues en tanto una norma no contempla una consecuencia jurídica que sancione determinados comportamientos que dificultan la plena efectividad de un derecho, no se podría considerar que se cuentan con garantías para disfrutar de esa protección. De otro modo serían meras buenas intenciones.

Ahora, respecto de la idoneidad de la prohibición de los establecimientos exclusivos para fumadores tenemos que, entre las prohibiciones establecidas en el numeral 3.2 del artículo

3° de la norma cuestionada se contempla también a los centros de trabajo. Considerando que, la existencia de bares, discotecas, cafés u otros exclusivos para fumadores significaría que los trabajadores, aunque sean fumadores sufrirían una muy alta exposición a las emanaciones del uso de tabaco. Esta es una situación diferente respecto de los propietarios de establecimientos como también de los consumidores, pues estos pueden asistir una o dos veces por semana, mientras que los trabajadores incluso aunque no estén brindando atención al público estarían en contacto con los residuos tóxicos producto del humo de tabaco.

Por lo cual, los propietarios y consumidores – en el supuesto de que la norma sea declarada inconstitucional – ejercerían un abuso de derecho en contra de los trabajadores. Si bien a primera vista pareciera que los tres grupos estuvieran decidiendo libremente verse expuestos al humo de tabaco, la intensidad de exposición no es la misma. Por ello, los establecimientos exclusivos para fumadores en el cual solo labore personal fumador – o que afirme que lo es – se constituye como un abusivo ejercicio de la libertad tanto de propietarios como de consumidores. De esta manera, la medida supera ambas partes del examen de idoneidad.

Examen de necesidad

Luego, respecto del examen de necesidad, tenemos la siguiente pauta establecida en el fallo emitido producto del sumario N° 5157-2014-PA/TC:

“Este análisis se realiza en dos sub-fases: (i) debe determinarse si es que no existen medios alternativos que sean, por lo menos, igualmente idóneos que el medio efectivamente adoptado; y, además si es que (ii) dentro de esos medios alternativos por lo menos igualmente idóneos no existen algunos que sean más benignos con el derecho involucrado que el medio efectivamente adoptado.” (2017, FJ 70)

Nótese que la medida permite el consumo de tabaco de mascar en EPC, así como tampoco el uso de cigarrillos electrónicos, los cuales de acuerdo a Nuñez están presentes en el mercado desde el 2003 (2019). De esta manera, tenemos que existen medios alternativos para los consumidores de cigarrillos de tabaco, la primera no implica el acto de fumar, pero sí el consumo de tabaco mediante otra vía; mientras que la segunda implica el acto de fumar, pero sin tener presente al tabaco. Así, tenemos que los consumidores cuentan con alternativas para el consumo de tabaco o de un producto para fumar.

Por el lado de la intervención, tenemos que no existe otra medida que evite la exposición a las emanaciones del uso de tabaco en EPC, pues en las páginas 16 y 17 de la contestación se aprecia lo siguiente:

“Estos sistemas de ventilación pueden eliminar el olor y una parte del humo de tabaco que se halla en forma de partículas, incluso, las bacterias, pero no son viables para eliminar los cancerígenos del humo del tabaco por varios motivos: a) los principales componentes tóxicos de tabaco se encuentran en forma de vapor en concentraciones nocivas para la salud, b) para eliminarlos se requeriría una velocidad de intercambio de aire insoportable puesto que tendría una magnitud de pequeño huracán, etc, c) los locales de ocio con los mejores sistemas de ventilación siempre presentan concentraciones de tóxicos, por encima de los niveles saludables.

En consecuencia, la norma anterior (medio) resultaba insuficiente para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud. No era posible que se convirtiera en una norma suficiente, como considera la parte demandante por el hecho de darse “una verdadera adaptación de los establecimientos a la legislación” o “una verdadera labor de fiscalización por parte del Estado en el cumplimiento de las normas”

A pesar de que existan ADF con sofisticados sistemas de ventilación, ello no protege del todo de los tóxicos resultantes del humo de tabaco, pues aunque exista tal tecnología no puede eliminar las concentraciones de tóxicos en lugares cerrados. Asimismo, tenemos que esta clase de información no ha sido desmentida o contrastada por la parte demandante en ninguno de sus dos escritos por lo cual, se debería considerar la información como cierta.

Esto refuerza los puntos mencionados anteriormente respecto de la intensidad de la exposición a la que se enfrentarían los trabajadores en establecimientos exclusivos para fumadores en los que solo labore personal con el mismo gusto por tóxicos sociales, así como también, de que no existen otros medios alternativos para evitar que tanto los fumadores como los no fumadores no se vean afectados por la alta concentración de tóxicos producto del humo del tabaco. Nótese que la prohibición alcanza exclusivamente a los EPC; por lo cual, los fumadores pueden ejercer su derecho a la reunión para juntarse en una casa u otra edificación que no pueda ser considerada como un espacio público cerrado para fumar en un espacio interior. Por consiguiente, la medida supera el examen de necesidad.

Examen de proporcionalidad

Pasando al lado del examen de proporcionalidad tenemos que este:

*“(...) consistirá en una comparación **entre el grado de realización u optimización** del fin constitucional y **la intensidad de la intervención** (...) La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a ésta: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción **o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser** la importancia de la satisfacción del otro”. Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación -o no realización- de un principio y la satisfacción -o realización- del otro” (2005b, FJ 40)*

En la primera parte de este test de proporcionalidad hemos identificado que los derechos a la libre iniciativa privada, libertad de empresa, y al libre desarrollo de la personalidad sufren afectaciones de intensidad leve por la norma cuestionada. Esto se debe a que la intervención restringe parcialmente ambos derechos, pues no llega a atentar contra el elemento esencial de los mismos: en el caso de la libertad de empresa, no se limita la chance de obtener rendimiento económico de la venta de cigarrillos y por el lado del libre desarrollo de la personalidad existen múltiples lugares donde puede ejercerse la libertad de fumar, además de que existen otras vías para consumir tabaco o un producto apto para fumar.

La norma cuestionada como vimos es fruto de un desarrollo constante en materia de resguardo del derecho a la salud y la presente intervención se enfoca a incentivar la reducción del consumo y la exposición a las emanaciones del uso de tabaco para hacer frente a la epidemia de tabaquismo. Además, la norma cuestionada calza como un “nudge” visto en el tercer apartado de este informe, ya que si bien es una restricción a la libertad de fumar, respeta la autonomía y libertad de las personas de seguir realizando esa conducta pero sin

afectar a los demás con el humo de tabaco. Esto se condice con el objetivo del paternalismo jurídico de garantizar un umbral mínimo de protección de necesidades básicas, mas no buscar en beneficio que supere tal umbral, como sí lo hace el perfeccionismo moral.

Considerando que, no existe un sistema de ventilación o medida de separación que evite que quienes no consumen tabaco no se vean expuestos a las emanaciones de dicho tóxico social y que permitir un establecimiento exclusivo para fumadores afecta sobremanera a quienes allí trabajan, tenemos que la medida garantiza un umbral mínimo de resguardo del derecho a la salud de los no fumadores quienes no decidieron voluntariamente verse afectados por el humo de tabaco. Así también, los trabajadores fumadores de un supuesto establecimiento exclusivo ven reducido el nivel de exposición a las emanaciones del uso de tabaco y solamente entrarían en contacto cuando –en ejercicio de su autonomía - decidan fumar, siendo esto razonable y proporcional para la defensa de un umbral mínimo de su derecho a la salud.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la parte demandante de alguna manera intenta legitimar a su favor un abuso de derecho. Ello se mencionó en el primer apartado de este informe, pues mediante la presente acción de inconstitucionalidad pretende que sea objeto de control un enunciado normativo que ya se encontraba firme, como lo es la imposibilidad de fumar en centros educativos; por consiguiente, este apartado de su demanda debió ser descartado al inicio por el TC. Luego, la parte demandante pretende separar la aplicación al caso del Convenio OMS, un tratado de derechos humanos de jerarquía constitucional, pues no interpuso una acción de inconstitucionalidad en el momento debido. De la misma manera, dicho convenio responde a un desarrollo constante realizado a través de otros tratados que ampliaron el resguardo del derecho a la salud como vimos en la segunda parte, como lo pueden ser el PIDESC, el Protocolo Adicional CADH y la Observación General N° 14 del Comité DESC. La interpretación conjunta de estos tratados hubiera sido suficiente para determinar que la norma cuestionada es legítima al intentar reducir la nocividad de una epidemia como lo es el tabaquismo, pues se considera que el derecho a la salud implica un elemento social, en cuyo mérito se justifica el combate de epidemias o pandemias.

La posibilidad de que existan establecimientos exclusivos para fumadores en los cuales solo labore personal que comparte el mismo gusto por tal tóxico social también constituye abuso de derecho, como se mencionó líneas arriba. Para una mayor comprensión de la relación abusiva con los trabajadores de establecimientos de semejante naturaleza se puede entender mediante una símil con el contrato de préstamo entre Shylock y Antonio en el Mercader de Venecia. En dicho contrato se estipuló que, en caso de que Antonio no cumpla con pagarle a Shylock en el plazo debido, éste podía exigir a una libra de carne de aquel. Llegado el momento de la devolución del préstamo Antonio no cuenta con los medios para hacerlo y Shylock pretende extraer una libra de carne cercana al corazón de Antonio. En este caso podemos apreciar que Shylock claramente tiene derecho a ejecutar el compromiso positivizado en el contrato; sin embargo, el documento no habilitaba a que Shylock pudiera matar a Antonio, solamente mutilar una parte de su cuerpo para lo cual claramente debía derramarse sangre.

De la misma manera, si la parte demandante sostiene que los fumadores pueden ejercer su autonomía y libertad de fumar mediante la existencia de un establecimiento exclusivo, se debe tener en cuenta que los trabajadores no están ejerciendo tales facultades mediante el

cumplimiento de su labor; por lo cual, el primer grupo pretende que se legitime para con los trabajadores una afectación a la autonomía que ellos no están dispuestos a aceptar por la norma cuestionada. De esta manera tenemos que, la afectación a los derechos alegados por la parte demandante es leve mientras que el derecho a la salud tendría un umbral mínimo de resguardo para no fumadores y para trabajadores fumadores. Así la norma cuestionada es equilibrada y por tanto supera el examen de proporcionalidad.

Verificación de los demás requisitos de justificación de una medida paternalista

Superado el test de proporcionalidad, tenemos que se ha configurado el primer requisito de justificación del paternalismo, por lo que quedan pendiente otros dos – tal como vimos en el tercer apartado –, siendo el segundo de ellos que la medida protege a personas que se encuentran en situaciones de incapacidad. Así, tenemos que si los sistemas de ventilación de las ADF en EPC no respaldan la eliminación de tóxicos del humo de tabaco, los no fumadores no tienen manera de evitar los efectos perjudiciales encontrándose así en una suerte de indefensión ante los tóxicos, es decir, una incapacidad externa. Ello también ocurre para el caso de los laborantes en establecimientos exclusivos para fumadores, debido al alto nivel de exposición a las emanaciones del uso de tabaco que experimentarían. Por lo cual, la medida paternalista supera este segundo requisito.

El tercer requisito consiste en el análisis de una situación hipotética en la cual se pueda presumir que cualquiera persona hubiese dado racionalmente su consentimiento a la posibilidad de recibir o ser objeto de la medida estatal. En ese sentido, tenemos que los no fumadores hubieran podido dar su consentimiento de evitar la existencia de las ADF en EPC, pues una persona que busca su beneficio no contemplaría que la entrada a cada edificio le signifique una reducción a su salud; por lo cual, se garantizaría un umbral mínimo de resguardo de tal derecho. En el caso de los trabajadores de un hipotético establecimiento exclusivo tenemos que ellos hubieran podido dar su consentimiento en caso de que sean conscientes de la desigual exposición a las emanaciones del uso de tabaco que experimentarían ellos a diferencia de clientes ocasionales, pues además de fumar cuando lo deseen, también se verían afectados por el humo de tabaco cuando no lo deseen. Por tanto, la norma controvertida supera no solo el test de proporcionalidad, sino que también supera los requisitos para su justificación como medida paternalista.

VI. Conclusiones

En el presente informe se analizaron los cuatro principales problemas jurídicos que se podían extraer del Expediente materia de análisis. Así, se han hallado elementos suficientes para considerar que el artículo 3° modificado de la Ley N° 28705 es constitucional; por tanto, coincidimos con el pronunciamiento emitido por el TC, aunque con pequeños matices en ciertos puntos.

En el primer apartado del informe se analizó la delimitación del petitorio, el cual a través de la explicación de la tipología de sentencias de control constitucional, la interpretación histórica y el principio de no regresividad de los DDHH se consideró – sin haber entrado a revisar el fondo del asunto – no correspondía admitir el petitorio, pues la redacción original de la norma contemplaba la prohibición de fumar en centros educativos; así como también, se pretendía cuestionar el rango constitucional del Convenio OMS a pesar de que es un tratado de

derechos humanos. De dicho tratado emanaba el objeto de la ley de reducir el consumo y exposición al humo de tabaco; por ello, era muy complicado que se admita la demanda.

En el segundo apartado del informe se analizó el ámbito de resguardo de los derechos afectados por el cambio normativo: derecho a la libertad de empresa, a la libre iniciativa privada y al libre desarrollo de la personalidad vs. el derecho a la salud. Para la determinación de dicho ámbito de resguardo se recurrió también a los tratados de DDHH dada su jerarquía normativa constitucional. Así, se demostró que la libertad de fumar es una exteriorización del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de dirección es la principal libertad contenida en el derecho a la libre empresa que se está viendo afectada y que el derecho a la libre iniciativa privada tiene como límites para su ejercicio la autonomía de los particulares – libre desarrollo de la personalidad – y las normas de rango legal y constitucional como lo era el Convenio OMS. Ello nos llevó a afirmar que el sentido de la sentencia era asegurar a los ciudadanos que no se afectaba su autonomía y libertad con la norma cuestionada. Por otro lado, apreciamos que el derecho a la salud experimentó un constante avance en su protección dado a través de una serie de tratados principalmente la DUDH, el PIDESC, el Protocolo Adicional CADH de los cuales emerge como siguiente paso el Convenio OMS, el cual reconoce la defensa particular del derecho a la salud contra la epidemia de tabaquismo.

En el tercer apartado se analizó el trasfondo en el cual se desarrolló la creación de la norma cuestionada y el paso previo al test de proporcionalidad: el paternalismo jurídico. Así, el importante aporte de Alemany permitió descubrir los elementos configurativos de una medida paternalista: el modo, la finalidad y los sujetos. También se establecieron las diferencias entre el paternalismo jurídico y el perfeccionismo moral, las cuales consisten en que el paternalismo jurídico asegura un umbral mínimo aceptable de satisfacción de necesidades básicas; mientras que el perfeccionismo moral busca asegurar un umbral máximo de satisfacción de necesidades básicas, en base a un ideal promovido por un gobierno o una mayoría social. Finalmente se establecieron tres requisitos para la correcta justificación de un paternalismo jurídico, pues se considera importante la defensa de la libertad y autonomía de los ciudadanos.

Por último, en el cuarto apartado en base a los matices encontrados en los apartados anteriores, se realizó un test de proporcionalidad. Dicho test se configuraba como primer requisito de justificación del paternalismo, por lo cual era clave que se supere dicho test. Se halló que la finalidad de la medida se enmarcaba en un estado de cosas al que está respondiendo, pues es un paso más en el constante avance del resguardo del derecho a la salud; el cual tenía como fin disminuir el uso de tabaco y la exposición a sus emanaciones. Luego, la norma cuestionada fue expuesta a los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad superando cada uno de dichos pasos en la aplicación del test de proporcionalidad. Asimismo, se consideró que sí se cumplieron los otros dos requisitos para la justificación de una acción paternalista: incapacidad interna o externa de los sujetos receptores de la acción y la consideración de que si no contasen con dicha incapacidad sí manifestarían su conformidad para ser receptores de la acción paternalista.

VII. Bibliografía

- Alemaný García, M. (2005). El concepto y la justificación del paternalismo. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (28), 265–303.
<https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.17>
- Alvarado Giraldo, J. L. (2006). ¿Hasta donde puede llegar el tribunal Constitucional? A propósito del control de la constitucionalidad de las normas y las sentencias «manipulativas» en materia de procesos de inconstitucionalidad. *Foro Jurídico*, (05), 79-93.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18407>
- Anchondo Paredes, V. E. (2012). Métodos de interpretación jurídica. *Quid Iuris*. 16. 35-58.
<https://biblat.unam.mx/es/revista/quid-iuris-chihuahua/articulo/metodos-de-interpretacion-juridica>
- Cárdenas Krenz, R. (2022). ¿Es posible obligar a las personas a vacunarse? Nudge contra el coronavirus. *Acta bioethica*, 28(1), 95-104. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2022000100095>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales (2000). Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC).
- Garay Herazo, K. J. (2014). Las modulaciones de contenido o sentencias manipulativas en la Corte Constitucional Colombiana. Una tipología mediada por la distinción entre enunciado normativo y norma. *Estudios De Derecho*, 71(157), 73–98.
<https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/21657>
- Garmendia Wilson, C. F. (2012). Historia de la pérdida de valor del dólar y cronología del oro desde el inicio de la civilización. *Revista de Economía y Derecho*. 9(34), 49-58.
<https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/354>
- Garzón Valdés, E. (1988). ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (5), 155–173.
<https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.08>
- Loe Fisher, B. (01 de noviembre de 2017) Vacunación Forzada: El Trágico Legado de Jacobson vs. Massachusetts. *National Vaccine Information Center (NVIC)*.
<https://www.nvic.org/newsletter/nov-2016/el-tragico-legado-de-jacobson-vs-massachusetts>
- Martínez-Caballero, A. (2010). Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2(1), 9–32.
<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/177>
- Nuñez, A. (01 de noviembre de 2019). Cigarrillo electrónico en el Perú: eficaz método contra la adicción o un riesgo?. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/somos/historias/cigarrillo-electronico-en-el-peru-eficaz-metodo-contra-la-adiccion-o-un-riesgo-noticia/>
- ONU (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)

ONU (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

OEA (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Ramos Nuñez, C. A.; Gálvez Montero, J. F. (2008). *Historia de la Corte Suprema de Justicia del Perú*. Fondo Editorial del Poder Judicial

Rubio Correa, M. A. (2008) Abuso del derecho. En *El título preliminar del Código Civil*. (10), (pp. 25-41). Fondo Editorial de la PUCP

Sierra Pajoy, L. A.; Osorio Muñoz, J. L. (2023). Interpretación neoconstitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad: una reflexión sobre la política pública del consumo de cigarrillo en los establecimientos penitenciarios y carcelarios de Colombia. Precedente Revista Jurídica, 23, 67-94.
<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/6263/4686>

Tribunal Constitucional del Perú (2003a). Expediente N° 0010-2002 AI/TC. Lima: 03 de enero de 2003. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2003b). Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Lima: 11 de noviembre de 2003. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2004a). Expediente N° 0004-2004-CC/TC. Lima: 31 de diciembre de 2004. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2004b). Expediente N° 2868-2004-AA/TC. Lima: 24 de noviembre de 2004. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2005a). Expediente N° 3330-2004-AA/TC. Lima: 11 de julio de 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2005b). Expediente N° 0045-2004-PI/TC. Lima: 29 de octubre de 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2005c). Expediente N° 0050-2004-PI/TC. Lima: 03 de junio de 2005. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2005d). Expediente N° 8726-2005-PA/TC. Lima: 24 de noviembre de 2005. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/08726-2005-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Expediente N° 0003-2006-PI/TC. Lima: 19 de setiembre de 2006. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00003-2006-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2009). Expediente N° 3116-2009-PA/TC. Lima: 10 de agosto de 2009. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03116-2009-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2014). Expediente N° 0011-2013-AI/TC. Lima: 27 de agosto de 2014. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2017). Expediente N° 5157-2014-PA/TC. Lima: 04 de abril de 2017. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/05157-2014-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2018). Expediente N° 1413-2017-PA/TC. Lima: 12 de diciembre de 2018. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01413-2017-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2019). Expediente N° 0013-2014-PI/TC. Lima: 10 de setiembre de 2019. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00013-2014-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2021). Expediente N° 0374-2017-PA/TC. Lima: 10 de agosto de 2021. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00374-2017-AA.pdf>

Wihbey, J. (27 de julio de 2016) Minimum wage: Updated research roundup on the effects of increasing pay. *The Journalist's Resource*. <https://journalistsresource.org/economics/the-effects-of-raising-the-minimum-wage/>

VIII. Anexos

Anexo 1: Convenio OMS

Anexo 2: Resolución Legislativa N° 28280

Anexo 3: Decreto Supremo N° 054-2004-RE

Anexo 4: Ley N° 28705

Anexo 5: Decreto Supremo N° 015-2008-SA

Anexo 6: Decreto Supremo N° 001-2010-SA

Anexo 7: Ley N° 29517

Anexo 8: Escrito de demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Jaime Barco Roda en representación de más de 5,000 ciudadanos.

Anexo 9: Escrito de contestación de demanda presentado por el Congreso de la República

Anexo 10: Amicus Curiae presentado por la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP

Anexo 11: Informe escrito para mejor resolver presentado por la parte demandante

Anexo 12: Amicus Curiae presentado por el O'Neill Institute for National and Global Health Law, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown y la Alianza para el Convenio Marco

Anexo 13: Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0032-2010-PI/TC

ANEXO 1

اتفاقية منظمة الصحة العالمية الإطارية بشأن مكافحة التبغ

世界卫生组织烟草控制框架公约

WHO Framework Convention on Tobacco Control

Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac

**Рамочная конвенция ВОЗ
по борьбе против табака**

Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco



**CONVENIO MARCO DE LA OMS PARA
EL CONTROL DEL TABACO**



**NACIONES UNIDAS
2003**

Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco

Preámbulo

Las Partes en el presente Convenio,

Determinadas a dar prioridad a su derecho de proteger la salud pública,

Reconociendo que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública, que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral,

Teniendo en cuenta la inquietud de la comunidad internacional por las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, económicas y ambientales del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco en el mundo entero,

Seramente preocupadas por el aumento del consumo y de la producción de cigarrillos y otros productos de tabaco en el mundo entero, particularmente en los países en desarrollo, y por la carga que ello impone en las familias, los pobres y en los sistemas nacionales de salud,

Reconociendo que la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco, o a consumir de cualquier otra manera productos de tabaco,

Reconociendo además que los cigarrillos y algunos otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera muy sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia, que muchos de los compuestos que contienen y el humo que producen son farmacológicamente activos, tóxicos, mutágenos y cancerígenos, y que la dependencia del tabaco figura como un trastorno aparte en las principales clasificaciones internacionales de enfermedades,

Reconociendo también que existen claras pruebas científicas de que la exposición prenatal al humo de tabaco genera condiciones adversas para la salud y el desarrollo del niño,

Profundamente preocupadas por el importante aumento del número de fumadores y de consumidores de tabaco en otras formas entre los niños y adolescentes

en el mundo entero, y particularmente por el hecho de que se comienza a fumar a edades cada vez más tempranas,

Alarmadas por el incremento del número de fumadoras y de consumidoras de tabaco en otras formas entre las mujeres y las niñas en el mundo entero y teniendo presente la necesidad de una plena participación de la mujer en todos los niveles de la formulación y aplicación de políticas, así como la necesidad de estrategias de control del tabaco específicas en función del género,

Profundamente preocupadas por el elevado número de miembros de pueblos indígenas que fuman o de alguna otra manera consumen tabaco,

Seriamente preocupadas por el impacto de todas las formas de publicidad, promoción y patrocinio encaminadas a estimular el consumo de productos de tabaco,

Reconociendo que se necesita una acción cooperativa para eliminar toda forma de tráfico ilícito de cigarrillos y otros productos de tabaco, incluidos el contrabando, la fabricación ilícita y la falsificación,

Reconociendo que el control del tabaco en todos los niveles, y particularmente en los países en desarrollo y en los países con economías en transición, necesita de recursos financieros y técnicos suficientes adecuados a las necesidades actuales y previstas para las actividades de control del tabaco,

Reconociendo la necesidad de establecer mecanismos apropiados para afrontar las consecuencias sociales y económicas que tendrá a largo plazo el éxito de las estrategias de reducción de la demanda de tabaco,

Conscientes de las dificultades sociales y económicas que pueden generar a mediano y largo plazo los programas de control del tabaco en algunos países en desarrollo o con economías en transición, y reconociendo la necesidad de asistencia técnica y financiera en el contexto de las estrategias de desarrollo sostenible formuladas a nivel nacional,

Conscientes de la valiosa labor que sobre el control del tabaco llevan a cabo muchos Estados y destacando el liderazgo de la Organización Mundial de la Salud y los esfuerzos desplegados por otros organismos y órganos del sistema de las Naciones Unidas, así como por otras organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales en el establecimiento de medidas de control del tabaco,

Destacando la contribución especial que las organizaciones no gubernamentales y otros miembros de la sociedad civil no afiliados a la industria del tabaco, entre ellos órganos de las profesiones sanitarias, asociaciones de mujeres, de jóvenes, de defensores del medio ambiente y de consumidores e instituciones docentes y de atención sanitaria, han aportado a las actividades de control del tabaco a nivel nacional e internacional, así como la importancia decisiva de su participación en las actividades nacionales e internacionales de control del tabaco.

Reconociendo la necesidad de mantener la vigilancia ante cualquier intento de la industria del tabaco de socavar o desvirtuar las actividades de control del tabaco, y la necesidad de estar informados de las actuaciones de la industria del tabaco que afecten negativamente a las actividades de control del tabaco,

Recordando el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en el que se declara que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental,

Recordando asimismo el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en el que se afirma que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social,

Decididas a promover medidas de control del tabaco basadas en consideraciones científicas, técnicas y económicas actuales y pertinentes,

Recordando que en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, se establece que los Estados Partes en dicha Convención adoptarán medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica,

Recordando además que en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se establece que los Estados Partes en dicha Convención reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud,

Han acordado lo siguiente:

PARTE I: INTRODUCCIÓN

Artículo 1

Lista de expresiones utilizadas

Para los efectos del presente Convenio:

- a) «comercio ilícito» es toda práctica o conducta prohibida por la ley, relativa a la producción, envío, recepción, posesión, distribución, venta o compra, incluida toda práctica o conducta destinada a facilitar esa actividad;
- b) una «organización de integración económica regional» es una organización integrada por Estados soberanos a la que sus Estados Miembros han traspasado competencia respecto de una diversidad de asuntos, inclusive la facultad de adoptar decisiones vinculantes para sus Estados Miembros en relación con dichos asuntos;¹
- c) por «publicidad y promoción del tabaco» se entiende toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco;
- d) el «control del tabaco» comprende diversas estrategias de reducción de la oferta, la demanda y los daños con objeto de mejorar la salud de la población eliminando o reduciendo su consumo de productos de tabaco y su exposición al humo de tabaco;
- e) la «industria tabacalera» abarca a los fabricantes, distribuidores mayoristas e importadores de productos de tabaco;
- f) la expresión «productos de tabaco» abarca los productos preparados totalmente o en parte utilizando como materia prima hojas de tabaco y destinados a ser fumados, chupados, mascados o utilizados como rapé;

¹ Cuando proceda, el término «nacional» se referirá a las organizaciones de integración económica regionales.

g) por «patrocinio del tabaco» se entiende toda forma de contribución a cualquier acto, actividad o individuo con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco.

Artículo 2

Relación entre el presente Convenio y otros acuerdos e instrumentos jurídicos

1. Para proteger mejor la salud humana, se alienta a las Partes a que apliquen medidas que vayan más allá de las estipuladas por el presente Convenio y sus protocolos, y nada en estos instrumentos impedirá que una Parte imponga exigencias más estrictas que sean compatibles con sus disposiciones y conformes al derecho internacional.
2. Las disposiciones del Convenio y de sus protocolos no afectarán en modo alguno al derecho de las Partes a concertar acuerdos bilaterales o multilaterales, incluso acuerdos regionales o subregionales, sobre cuestiones relacionadas con el Convenio y sus protocolos o sobre cuestiones adicionales, a condición de que dichos acuerdos sean compatibles con sus obligaciones establecidas por el presente Convenio y sus protocolos. Las Partes interesadas notificarán esos acuerdos a la Conferencia de las Partes por conducto de la Secretaría.

PARTE II: OBJETIVO, PRINCIPIOS BÁSICOS Y OBLIGACIONES GENERALES

Artículo 3

Objetivo

El objetivo de este Convenio y de sus protocolos es proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco proporcionando un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco.

Artículo 4

Principios básicos

Para alcanzar los objetivos del Convenio y de sus protocolos y aplicar sus disposiciones, las Partes se guiarán, entre otros, por los principios siguientes:

1. Todos deben estar informados de las consecuencias sanitarias, la naturaleza adictiva y la amenaza mortal del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco y se deben contemplar en el nivel gubernamental apropiado medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas para proteger a todas las personas del humo de tabaco.
2. Se requiere un compromiso político firme para establecer y respaldar, a nivel nacional, regional e internacional, medidas multisectoriales integrales y respuestas coordinadas, tomando en consideración lo siguiente:
 - a) la necesidad de adoptar medidas para proteger a todas las personas de la exposición al humo de tabaco;
 - b) la necesidad de adoptar medidas para prevenir el inicio, promover y apoyar el abandono y lograr una reducción del consumo de productos de tabaco en cualquiera de sus formas;
 - c) la necesidad de adoptar medidas para promover la participación de las personas y comunidades indígenas en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de programas de control del tabaco que sean socialmente y culturalmente apropiados para sus necesidades y perspectivas; y
 - d) la necesidad de adoptar medidas para que, cuando se elaboren estrategias de control del tabaco, se tengan en cuenta los riesgos relacionados específicamente con el género.
3. La cooperación internacional, particularmente la transferencia de tecnología, conocimientos y asistencia financiera, así como la prestación de asesoramiento especializado, con el objetivo de establecer y aplicar programas eficaces de control del tabaco tomando en consideración los factores culturales, sociales, económicos, políticos y jurídicos locales es un elemento importante del presente Convenio.
4. Se deben adoptar a nivel nacional, regional e internacional medidas y respuestas multisectoriales integrales para reducir el consumo de todos los productos de tabaco, a fin de prevenir, de conformidad con los principios de la salud pública, la incidencia de las enfermedades, la discapacidad prematura y la mortalidad debidas al consumo de tabaco y a la exposición al humo de tabaco.
5. Las cuestiones relacionadas con la responsabilidad, según determine cada Parte en su jurisdicción, son un aspecto importante del control total del tabaco.

6. Se debe reconocer y abordar la importancia de la asistencia técnica y financiera para ayudar a realizar la transición económica a los cultivadores y trabajadores cuyos medios de vida queden gravemente afectados como consecuencia de los programas de control del tabaco, en las Partes que sean países en desarrollo y en las que tengan economías en transición, y ello se debe hacer en el contexto de estrategias nacionales de desarrollo sostenible.

7. La participación de la sociedad civil es esencial para conseguir el objetivo del Convenio y de sus protocolos.

Artículo 5

Obligaciones generales

1. Cada Parte formulará, aplicará, actualizará periódicamente y revisará estrategias, planes y programas nacionales multisectoriales integrales de control del tabaco, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de los protocolos a los que se haya adherido.
2. Con ese fin, cada Parte, con arreglo a su capacidad:
 - a) establecerá o reforzará y financiará un mecanismo coordinador nacional o centros de coordinación para el control del tabaco; y
 - b) adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/o otras medidas eficaces y cooperará, según proceda, con otras Partes en la elaboración de políticas apropiadas para prevenir y reducir el consumo de tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco.
3. A la hora de establecer y aplicar sus políticas de salud pública relativas al control del tabaco, las Partes actuarán de una manera que proteja dichas políticas contra los intereses comerciales y otros intereses creados de la industria tabacalera, de conformidad con la legislación nacional.
4. Las Partes cooperarán en la formulación de propuestas sobre medidas, procedimientos y directrices para la aplicación del Convenio y de los protocolos a los que se hayan adherido.
5. Las Partes cooperarán según proceda con las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales y otros órganos competentes para alcanzar los objetivos del Convenio y de los protocolos a los que se hayan adherido.

6. Las Partes, con arreglo a los medios y recursos de que dispongan, cooperarán a fin de obtener recursos financieros para aplicar efectivamente el Convenio mediante mecanismos de financiamiento bilaterales y multilaterales.

PARTE III: MEDIDAS RELACIONADAS CON LA REDUCCIÓN DE LA DEMANDA DE TABACO

Artículo 6

Medidas relacionadas con los precios e impuestos para reducir la demanda de tabaco

1. Las Partes reconocen que las medidas relacionadas con los precios e impuestos son un medio eficaz e importante para que diversos sectores de la población, en particular los jóvenes, reduzcan su consumo de tabaco.
2. Sin perjuicio del derecho soberano de las Partes a decidir y establecer su propia política tributaria, cada Parte tendrá en cuenta sus objetivos nacionales de salud en lo referente al control del tabaco y adoptará o mantendrá, según proceda, medidas como las siguientes:
 - a) aplicar a los productos de tabaco políticas tributarias y, si corresponde, políticas de precios para contribuir al logro de los objetivos de salud tendentes a reducir el consumo de tabaco; y
 - b) prohibir o restringir, según proceda, la venta y/o la importación de productos de tabaco libres de impuestos y libres de derechos de aduana por los viajeros internacionales.
3. De conformidad con el artículo 21, en sus informes periódicos a la Conferencia de las Partes, éstas comunicarán las tasas impositivas aplicadas a los productos de tabaco y las tendencias del consumo de dichos productos.

Artículo 7

Medidas no relacionadas con los precios para reducir la demanda de tabaco

Las Partes reconocen que las medidas integrales no relacionadas con los precios son un medio eficaz e importante para reducir el consumo de tabaco. Cada Parte adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces que sean necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones dimanantes de los artículos 8 a 13 y cooperará con las demás Partes según proceda,

directamente o por intermedio de los organismos internacionales competentes, con miras a su cumplimiento. La Conferencia de las Partes propondrá directrices apropiadas para la aplicación de lo dispuesto en esos artículos.

Artículo 8

Protección contra la exposición al humo de tabaco

1. Las Partes reconocen que la ciencia ha demostrado de manera inequívoca que la exposición al humo de tabaco es causa de mortalidad, morbilidad y discapacidad.
2. Cada Parte adoptará y aplicará, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales.

Artículo 9

Reglamentación del contenido de los productos de tabaco

La Conferencia de las Partes, en consulta con los órganos internacionales competentes, propondrá directrices sobre el análisis y la medición del contenido y las emisiones de los productos de tabaco y sobre la reglamentación de esos contenidos y emisiones. Cada Parte adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas y administrativas u otras medidas eficaces aprobadas por las autoridades nacionales competentes para que se lleven a la práctica dichos análisis y mediciones y esa reglamentación.

Artículo 10

Reglamentación de la divulgación de información sobre los productos de tabaco

Cada Parte adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces para exigir que los fabricantes e importadores de productos de tabaco revelen a las autoridades gubernamentales la información relativa al contenido y las emisiones de los productos de tabaco. Cada Parte adoptará y aplicará asimismo medidas eficaces para que se revele al público la información relativa a los componentes tóxicos de los productos de tabaco y las emisiones que éstos pueden producir.

Artículo 11

Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco

1. Cada Parte, dentro de un periodo de tres años a partir de la entrada en vigor del Convenio para esa Parte, adoptará y aplicará de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces para conseguir lo siguiente:

a) que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros, por ejemplo expresiones tales como «con bajo contenido de alquitrán», «ligeros», «ultra ligeros» o «suaves»; y

b) que en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos figuren también advertencias sanitarias que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco, y que puedan incluirse otros mensajes apropiados. Dichas advertencias y mensajes:

- i) serán aprobados por las autoridades nacionales competentes;
- ii) serán rotativos;
- iii) serán grandes, claros, visibles y legibles;
- iv) deberían ocupar el 50% o más de las superficies principales expuestas y en ningún caso menos del 30% de las superficies principales expuestas;
- v) podrán consistir en imágenes o pictogramas, o incluirlos.

2. Todos los paquetes y envases de productos de tabaco y todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos, además de las advertencias especificadas en el párrafo 1(b) de este artículo, contendrán información sobre los componentes pertinentes de los productos de tabaco y de sus emisiones de conformidad con lo definido por las autoridades nacionales.

3. Cada Parte exigirá que las advertencias y la información textual especificadas en los párrafos 1(b) y 2 del presente artículo figuren en todos los paquetes y envases

de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos en su idioma o idiomas principales.

4. A efectos del presente artículo, la expresión «empaquetado y etiquetado externos» en relación con los productos de tabaco se aplica a todo envasado y etiquetado utilizados en la venta al por menor del producto.

Artículo 12

Educación, comunicación, formación y concienciación del público

Cada Parte promoverá y fortalecerá la concienciación del público acerca de las cuestiones relativas al control del tabaco utilizando de forma apropiada todos los instrumentos de comunicación disponibles. Con ese fin, cada Parte adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces para promover lo siguiente:

- a) un amplio acceso a programas integrales y eficaces de educación y concienciación del público sobre los riesgos que acarrearán para la salud el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco, incluidas sus propiedades adictivas;
- b) la concienciación del público acerca de los riesgos que acarrearán para la salud el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco, así como de los beneficios que reportan el abandono de dicho consumo y los modos de vida sin tabaco, conforme a lo especificado en el párrafo 2 del artículo 14;
- c) el acceso del público, de conformidad con la legislación nacional, a una amplia variedad de información sobre la industria tabacalera que revista interés para el objetivo del presente Convenio;
- d) programas eficaces y apropiados de formación o sensibilización y concienciación sobre el control del tabaco dirigidos a personas tales como profesionales de la salud, trabajadores de la comunidad, asistentes sociales, profesionales de la comunicación, educadores, responsables de las políticas, administradores y otras personas interesadas;
- e) la concienciación y la participación de organismos públicos y privados y organizaciones no gubernamentales no asociadas a la industria tabacalera en la elaboración y aplicación de programas y estrategias intersectoriales de control del tabaco; y

f) el conocimiento público y el acceso a la información sobre las consecuencias sanitarias, económicas y ambientales adversas de la producción y el consumo de tabaco.

Artículo 13

Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco

1. Las Partes reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco.
2. Cada Parte, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dicha prohibición comprenderá, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos originados en su territorio. A este respecto, cada Parte, dentro de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Convenio para la Parte en cuestión, adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.
3. La Parte que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total debido a las disposiciones de su constitución o sus principios constitucionales aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dichas restricciones comprenderán, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, la restricción o una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio originados en su territorio que tengan efectos transfronterizos. A este respecto, cada Parte adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.
4. Como mínimo, y de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, cada Parte:
 - a) prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones;

b) exigirá que toda publicidad de tabaco y, según proceda, su promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario o de otro tipo pertinente;

c) restringirá el uso de incentivos directos o indirectos que fomenten la compra de productos de tabaco por parte de la población;

d) exigirá, si no ha adoptado una prohibición total, que se revelen a las autoridades gubernamentales competentes los gastos efectuados por la industria del tabaco en actividades de publicidad, promoción y patrocinio aún no prohibidas. Dichas autoridades podrán decidir que esas cifras, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se pongan a disposición del público y de la Conferencia de las Partes de conformidad con el artículo 21;

e) procederá dentro de un plazo de cinco años a una prohibición total o, si la Parte no puede imponer una prohibición total debido a su constitución o sus principios constitucionales, a la restricción de la publicidad, la promoción y el patrocinio por radio, televisión, medios impresos y, según proceda, otros medios, como Internet; y

f) prohibirá o, si la Parte no puede imponer la prohibición debido a su constitución o sus principios constitucionales, restringirá el patrocinio de acontecimientos y actividades internacionales o de participantes en las mismas por parte de empresas tabacaleras.

5. Se alienta a las Partes a que pongan en práctica medidas que vayan más allá de las obligaciones establecidas en el párrafo 4.

6. Las Partes cooperarán en el desarrollo de tecnologías y de otros medios necesarios para facilitar la eliminación de la publicidad transfronteriza.

7. Las Partes que hayan prohibido determinadas formas de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco tendrán el derecho soberano de prohibir las formas de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizos de productos de tabaco que penetren en su territorio, así como de imponerles las mismas sanciones previstas para la publicidad, la promoción y el patrocinio que se originen en su territorio, de conformidad con la legislación nacional. El presente párrafo no respalda ni aprueba ninguna sanción en particular.

8. Las Partes considerarán la elaboración de un protocolo en el cual se establezcan medidas apropiadas que requieran colaboración internacional para prohibir completamente la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos.

Artículo 14

Medidas de reducción de la demanda relativas a la dependencia y al abandono del tabaco

1. Cada Parte elaborará y difundirá directrices apropiadas, completas e integradas, basadas en pruebas científicas y en las mejores prácticas, teniendo presentes las circunstancias y prioridades nacionales, y adoptará medidas eficaces para promover el abandono del consumo de tabaco y el tratamiento adecuado de la dependencia del tabaco.
2. Con ese fin, cada Parte procurará lo siguiente:
 - a) idear y aplicar programas eficaces de promoción del abandono del consumo de tabaco en lugares tales como instituciones docentes, unidades de salud, lugares de trabajo y entornos deportivos;
 - b) incorporar el diagnóstico y el tratamiento de la dependencia del tabaco y servicios de asesoramiento sobre el abandono del tabaco en programas, planes y estrategias nacionales de salud y educación, con la participación de profesionales de la salud, trabajadores comunitarios y asistentes sociales, según proceda;
 - c) establecer en los centros de salud y de rehabilitación programas de diagnóstico, asesoramiento, prevención y tratamiento de la dependencia del tabaco; y
 - d) colaborar con otras Partes para facilitar la accesibilidad y asequibilidad de los tratamientos de la dependencia del tabaco, incluidos productos farmacéuticos, de conformidad con el artículo 22. Dichos productos y sus componentes pueden ser medicamentos, productos usados para administrar medicamentos y medios diagnósticos cuando proceda.

PARTE IV: MEDIDAS RELACIONADAS CON LA REDUCCIÓN DE LA OFERTA DE TABACO

Artículo 15

Comercio ilícito de productos de tabaco

1. Las Partes reconocen que la eliminación de todas las formas de comercio ilícito de productos de tabaco, como el contrabando, la fabricación ilícita y la falsificación, y la elaboración y aplicación a este respecto de una legislación nacional y de acuerdos subregionales, regionales y mundiales son componentes esenciales del control del tabaco.
2. Cada Parte adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces para que todos los paquetes o envases de productos de tabaco y todo empaquetado externo de dichos productos lleven una indicación que ayude a las Partes a determinar el origen de los productos de tabaco y, de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, ayude a las Partes a determinar el punto de desviación y a vigilar, documentar y controlar el movimiento de los productos de tabaco y su situación legal. Además, cada Parte:
 - a) exigirá que todos los paquetes y envases de productos de tabaco para uso al detalle y al por mayor que se vendan en su mercado interno lleven la declaración: «*Venta autorizada únicamente en (insertar el nombre del país o de la unidad subnacional, regional o federal)*», o lleven cualquier otra indicación útil en la que figure el destino final o que ayude a las autoridades a determinar si está legalmente autorizada la venta del producto en el mercado interno; y
 - b) examinará, según proceda, la posibilidad de establecer un régimen práctico de seguimiento y localización que dé más garantías al sistema de distribución y ayude en la investigación del comercio ilícito.
3. Cada Parte exigirá que la información o las indicaciones que ha de llevar el empaquetado según el párrafo 2 del presente artículo figuren en forma legible y/o en el idioma o los idiomas principales del país.
4. Con miras a eliminar el comercio ilícito de productos de tabaco, cada Parte:
 - a) hará un seguimiento del comercio transfronterizo de productos de tabaco, incluido el comercio ilícito, reunirá datos sobre el particular e intercambiará

información entre autoridades aduaneras, tributarias y otras autoridades, según proceda y de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes aplicables;

b) promulgará o fortalecerá legislación, con sanciones y recursos apropiados, contra el comercio ilícito de productos de tabaco, incluidos los cigarrillos falsificados y de contrabando;

c) adoptará medidas apropiadas para garantizar que todos los cigarrillos y productos de tabaco falsificados y de contrabando y todo equipo de fabricación de éstos que se hayan decomisado se destruyan aplicando métodos inocuos para el medio ambiente cuando sea factible, o se eliminen de conformidad con la legislación nacional;

d) adoptará y aplicará medidas para vigilar, documentar y controlar el almacenamiento y la distribución de productos de tabaco que se encuentren o se desplacen en su jurisdicción en régimen de suspensión de impuestos o derechos; y

e) adoptará las medidas que proceda para posibilitar la incautación de los beneficios derivados del comercio ilícito de productos de tabaco.

5. La información recogida con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 4(*a*) y 4(*d*) del presente artículo será transmitida, según proceda, en forma global por las Partes en sus informes periódicos a la Conferencia de las Partes, de conformidad con el artículo 21.

6. Las Partes promoverán, según proceda y conforme a la legislación nacional, la cooperación entre los organismos nacionales, así como entre las organizaciones intergubernamentales regionales e internacionales pertinentes, en lo referente a investigaciones, enjuiciamientos y procedimientos judiciales con miras a eliminar el comercio ilícito de productos de tabaco. Se prestará especial atención a la cooperación a nivel regional y subregional para combatir el comercio ilícito de productos de tabaco.

7. Cada Parte procurará adoptar y aplicar medidas adicionales, como la expedición de licencias, cuando proceda, para controlar o reglamentar la producción y distribución de los productos de tabaco a fin de prevenir el comercio ilícito.

Artículo 16

Ventas a menores y por menores

1. Cada Parte adoptará y aplicará en el nivel gubernamental apropiado medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces para prohibir la venta de productos de tabaco a los menores de la edad que determine la legislación interna, la legislación nacional o a los menores de 18 años. Dichas medidas podrán consistir en lo siguiente:
 - a) exigir que todos los vendedores de productos de tabaco indiquen, en un anuncio claro y destacado situado en el interior de su local, la prohibición de la venta de productos de tabaco a los menores y, en caso de duda, soliciten que cada comprador de tabaco demuestre que ha alcanzado la mayoría de edad;
 - b) prohibir que los productos de tabaco en venta estén directamente accesibles, como en los estantes de los almacenes;
 - c) prohibir la fabricación y venta de dulces, refrigerios, juguetes y otros objetos que tengan forma de productos de tabaco y puedan resultar atractivos para los menores; y
 - d) garantizar que las máquinas expendedoras de tabaco bajo su jurisdicción no sean accesibles a los menores y no promuevan la venta de productos de tabaco a los menores.
2. Cada Parte prohibirá o promoverá la prohibición de la distribución gratuita de productos de tabaco al público y especialmente a los menores.
3. Cada Parte procurará prohibir la venta de cigarrillos sueltos o en paquetes pequeños que vuelvan más asequibles esos productos a los menores de edad.
4. Las Partes reconocen que, para que sean más eficaces, las medidas encaminadas a impedir la venta de productos de tabaco a los menores de edad deben aplicarse, cuando proceda, conjuntamente con otras disposiciones previstas en el presente Convenio.
5. A la hora de firmar, ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o de adherirse al mismo, o en cualquier otro momento posterior, toda Parte podrá indicar mediante una declaración escrita que se compromete a prohibir la introducción de máquinas expendedoras de tabaco dentro de su jurisdicción o, según proceda, a prohibir completamente las máquinas expendedoras de tabaco. El Depositario

distribuirá a todas las Partes en el Convenio las declaraciones que se formulen de conformidad con el presente artículo.

6. Cada Parte adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces, con inclusión de sanciones contra los vendedores y distribuidores, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los párrafos 1 a 5 del presente artículo.

7. Cada Parte debería adoptar y aplicar, según proceda, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces para prohibir la venta de productos de tabaco por personas de una edad menor a la establecida en la legislación interna, la legislación nacional o por menores de 18 años.

Artículo 17

Apoyo a actividades alternativas económicamente viables

Las Partes, en cooperación entre sí y con las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales competentes, promoverán según proceda alternativas económicamente viables para los trabajadores, los cultivadores y eventualmente, los pequeños vendedores de tabaco.

PARTE V: PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Artículo 18

Protección del medio ambiente y de la salud de las personas

En cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el presente Convenio, las Partes acuerdan prestar debida atención a la protección ambiental y a la salud de las personas en relación con el medio ambiente por lo que respecta al cultivo de tabaco y a la fabricación de productos de tabaco, en sus respectivos territorios.

PARTE VI: CUESTIONES RELACIONADAS CON LA RESPONSABILIDAD

Artículo 19

Responsabilidad

1. Con fines de control del tabaco, las Partes considerarán la adopción de medidas legislativas o la promoción de sus leyes vigentes, cuando sea necesario, para ocuparse de la responsabilidad penal y civil, inclusive la compensación cuando proceda.

2. Las Partes cooperarán entre sí en el intercambio de información por intermedio de la Conferencia de las Partes, de conformidad con el artículo 21, a saber:

a) información, de conformidad con el párrafo 3(a) del artículo 20, sobre los efectos en la salud del consumo de productos de tabaco y la exposición al humo de tabaco; y

b) información sobre la legislación y los reglamentos vigentes y sobre la jurisprudencia pertinente.

3. Las Partes, según proceda y según hayan acordado entre sí, dentro de los límites de la legislación, las políticas y las prácticas jurídicas nacionales, así como de los tratados vigentes aplicables, se prestarán recíprocamente ayuda en los procedimientos judiciales relativos a la responsabilidad civil y penal, de forma coherente con el presente Convenio.

4. El Convenio no afectará en absoluto a los derechos de acceso de las Partes a los tribunales de las otras Partes, donde existan esos derechos, ni los limitará en modo alguno.

5. La Conferencia de las Partes podrá considerar, si es posible, en una etapa temprana, teniendo en cuenta los trabajos en curso en foros internacionales pertinentes, cuestiones relacionadas con la responsabilidad, incluidos enfoques internacionales apropiados de dichas cuestiones y medios idóneos para apoyar a las Partes, cuando así lo soliciten, en sus actividades legislativas o de otra índole de conformidad con el presente artículo.

PARTE VII: COOPERACIÓN TÉCNICA Y CIENTÍFICA Y COMUNICACIÓN DE INFORMACIÓN

Artículo 20

Investigación, vigilancia e intercambio de información

1. Las Partes se comprometen a elaborar y promover investigaciones nacionales y a coordinar programas de investigación regionales e internacionales sobre control del tabaco. Con ese fin, cada Parte:

a) iniciará, directamente o por conducto de organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales y de otros órganos competentes, investigaciones y evaluaciones científicas, cooperará en ellas y promoverá y alentará así investigaciones que aborden los factores

determinantes y las consecuencias del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco e investigaciones tendentes a identificar cultivos alternativos;
y

b) promoverá y fortalecerá, con el respaldo de organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales y de otros órganos competentes, la capacitación y el apoyo destinados a todos los que se ocupen de actividades de control del tabaco, incluidas la investigación, la ejecución y la evaluación.

2. Las Partes establecerán, según proceda, programas de vigilancia nacional, regional y mundial de la magnitud, las pautas, los determinantes y las consecuencias del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco. Con ese fin, las Partes integrarán programas de vigilancia del tabaco en los programas nacionales, regionales y mundiales de vigilancia sanitaria para que los datos se puedan cotejar y analizar a nivel regional e internacional, según proceda.

3. Las Partes reconocen la importancia de la asistencia financiera y técnica de las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales y de otros órganos. Cada Parte procurará:

a) establecer progresivamente un sistema nacional de vigilancia epidemiológica del consumo de tabaco y de los indicadores sociales, económicos y de salud conexos;

b) cooperar con organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales y con otros órganos competentes, incluidos organismos gubernamentales y no gubernamentales, en la vigilancia regional y mundial del tabaco y en el intercambio de información sobre los indicadores especificados en el párrafo 3(a) del presente artículo; y

c) cooperar con la Organización Mundial de la Salud en la elaboración de directrices o procedimientos de carácter general para definir la recopilación, el análisis y la difusión de datos de vigilancia relacionados con el tabaco.

4. Las Partes, con arreglo a la legislación nacional, promoverán y facilitarán el intercambio de información científica, técnica, socioeconómica, comercial y jurídica de dominio público, así como de información sobre las prácticas de la industria tabacalera y sobre el cultivo de tabaco, que sea pertinente para este Convenio, y al

hacerlo tendrán en cuenta y abordarán las necesidades especiales de las Partes que sean países en desarrollo o tengan economías en transición. Cada Parte procurará:

- a) establecer progresivamente y mantener una base de datos actualizada sobre las leyes y reglamentos de control del tabaco y, según proceda, información sobre su aplicación, así como sobre la jurisprudencia pertinente, y cooperar en la elaboración de programas de control del tabaco a nivel regional y mundial;
- b) compilar progresivamente y actualizar datos procedentes de los programas nacionales de vigilancia, de conformidad con el párrafo 3(a) del presente artículo; y
- c) cooperar con organizaciones internacionales competentes para establecer progresivamente y mantener un sistema mundial con objeto de reunir regularmente y difundir información sobre la producción y manufactura del tabaco y sobre las actividades de la industria tabacalera que tengan repercusiones para este Convenio o para las actividades nacionales de control del tabaco.

5. Las Partes deberán cooperar en las organizaciones intergubernamentales regionales e internacionales y en las instituciones financieras y de desarrollo a que pertenezcan, a fin de fomentar y alentar el suministro de recursos técnicos y financieros a la Secretaría del Convenio para ayudar a las Partes que sean países en desarrollo o tengan economías en transición a cumplir con sus compromisos de vigilancia, investigación e intercambio de información.

Artículo 21

Presentación de informes e intercambio de información

1. Cada Parte presentará a la Conferencia de las Partes, por conducto de la Secretaría, informes periódicos sobre su aplicación del Convenio, que deberían incluir lo siguiente:

- a) información sobre las medidas legislativas, ejecutivas, administrativas o de otra índole adoptadas para aplicar el Convenio;
- b) información, según proceda, sobre toda limitación u obstáculo surgido en la aplicación del Convenio y sobre las medidas adoptadas para superar esos obstáculos;

- c) información, según proceda, sobre la ayuda financiera o técnica suministrada o recibida para actividades de control del tabaco;
- d) información sobre la vigilancia y la investigación especificadas en el artículo 20; y
- e) información conforme a lo especificado en los artículos 6.3, 13.2, 13.3, 13.4(d), 15.5 y 19.2.

2. La frecuencia y la forma de presentación de esos informes de todas las Partes serán determinadas por la Conferencia de las Partes. Cada Parte elaborará su informe inicial en el término de los dos años siguientes a la entrada en vigor de este Convenio para dicha Parte.

3. La Conferencia de las Partes, de conformidad con los artículos 22 y 26, considerará mecanismos para ayudar a las Partes que sean países en desarrollo o tengan economías en transición, a petición de esas Partes, a cumplir con sus obligaciones estipuladas en este artículo.

4. La presentación de informes y el intercambio de información previstos en el presente Convenio estarán sujetos a la legislación nacional relativa a la confidencialidad y la privacidad. Las Partes protegerán, según decidan de común acuerdo, toda información confidencial que se intercambie.

Artículo 22

Cooperación científica, técnica y jurídica y prestación de asesoramiento especializado

1. Las Partes cooperarán directamente o por conducto de los organismos internacionales competentes a fin de fortalecer su capacidad para cumplir las obligaciones dimanantes de este Convenio, teniendo en cuenta las necesidades de las Partes que sean países en desarrollo o tengan economías en transición. Esa cooperación promoverá la transferencia de conocimientos técnicos, científicos y jurídicos especializados y de tecnología, según se haya decidido de común acuerdo, con objeto de establecer y fortalecer estrategias, planes y programas nacionales de control del tabaco encaminados, entre otras cosas, a lo siguiente:

- a) facilitar el desarrollo, la transferencia y la adquisición de tecnología, conocimiento, aptitudes, capacidad y competencia técnica relacionados con el control del tabaco;

b) prestar asesoramiento técnico, científico, jurídico y de otra índole a fin de establecer y fortalecer estrategias, planes y programas nacionales de control del tabaco, con miras a la aplicación del Convenio mediante, entre otras cosas, lo siguiente:

i) ayuda, cuando así se solicite, para crear una sólida base legislativa, así como programas técnicos, en particular programas de prevención del inicio del consumo de tabaco, promoción del abandono del tabaco y protección contra la exposición al humo de tabaco;

ii) ayuda, según proceda, a los trabajadores del sector del tabaco para desarrollar de manera económicamente viable medios de subsistencia alternativos apropiados que sean económicamente y legalmente viables;

iii) ayuda, según proceda, a los cultivadores de tabaco para llevar a efecto la transición de la producción agrícola hacia cultivos alternativos de manera económicamente viable;

c) respaldar programas de formación o sensibilización apropiados para el personal pertinente, según lo dispuesto en el artículo 12;

d) proporcionar, según proceda, el material, el equipo y los suministros necesarios, así como apoyo logístico, para las estrategias, planes y programas de control del tabaco;

e) determinar métodos de control del tabaco, incluido el tratamiento integral de la adicción a la nicotina; y

f) promover, según proceda, investigaciones encaminadas a mejorar la asequibilidad del tratamiento integral de la adicción a la nicotina.

2. La Conferencia de las Partes promoverá y facilitará la transferencia de conocimientos técnicos, científicos y jurídicos especializados y de tecnología con el apoyo financiero garantizado de conformidad con el artículo 26.

PARTE VIII: ARREGLOS INSTITUCIONALES Y RECURSOS FINANCIEROS

Artículo 23

Conferencia de las Partes

1. Por el presente se establece una Conferencia de las Partes. La primera reunión de la Conferencia de las Partes será convocada por la Organización Mundial de la Salud a más tardar un año después de la entrada en vigor de este Convenio. La Conferencia determinará en su primera reunión el lugar y las fechas de las reuniones subsiguientes que se celebrarán regularmente.
2. Se celebrarán reuniones extraordinarias de la Conferencia de las Partes en las ocasiones en que la Conferencia lo considere necesario, o cuando alguna de las Partes lo solicite por escrito, siempre que, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que la Secretaría del Convenio haya comunicado a las Partes la solicitud, ésta reciba el apoyo de al menos un tercio de las Partes.
3. La Conferencia de las Partes adoptará por consenso su Reglamento Interior en su primera reunión.
4. La Conferencia de las Partes adoptará por consenso sus normas de gestión financiera, que regirán también el financiamiento de cualquier órgano subsidiario que pueda establecer, así como las disposiciones financieras que regirán el funcionamiento de la Secretaría. En cada reunión ordinaria adoptará un presupuesto para el ejercicio financiero hasta la siguiente reunión ordinaria.
5. La Conferencia de las Partes examinará regularmente la aplicación del Convenio, adoptará las decisiones necesarias para promover su aplicación eficaz y podrá adoptar protocolos, anexos y enmiendas del Convenio de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28, 29 y 33. Para ello:
 - a) promoverá y facilitará el intercambio de información de conformidad con los artículos 20 y 21;
 - b) promoverá y orientará el establecimiento y el perfeccionamiento periódico de metodologías comparables de investigación y acopio de datos, además de las previstas en el artículo 20, que sean pertinentes para la aplicación del Convenio;

- c) promoverá, según proceda, el desarrollo, la aplicación y la evaluación de estrategias, planes, programas, políticas, legislación y otras medidas;
- d) considerará los informes que le presenten las Partes de conformidad con el artículo 21 y adoptará informes regulares sobre la aplicación del Convenio;
- e) promoverá y facilitará la movilización de recursos financieros para la aplicación del Convenio de conformidad con el artículo 26;
- f) establecerá los órganos subsidiarios necesarios para cumplir con el objetivo del Convenio;
- g) recabará, cuando corresponda, los servicios, la cooperación y la información de las organizaciones y órganos del sistema de las Naciones Unidas y de otras organizaciones y órganos intergubernamentales y no gubernamentales internacionales y regionales competentes y pertinentes como medio para fortalecer la aplicación del Convenio; y
- h) considerará otras medidas, según proceda, para alcanzar el objetivo del Convenio, teniendo presente la experiencia adquirida en su aplicación.

6. La Conferencia de las Partes establecerá los criterios para la participación de observadores en sus reuniones.

Artículo 24 *Secretaría*

1. La Conferencia de las Partes designará una secretaría permanente y adoptará disposiciones para su funcionamiento. La Conferencia de las Partes procurará hacer esto en su primera reunión.
2. Hasta que se haya designado y establecido una secretaría permanente, las funciones de secretaría de este Convenio estarán a cargo de la Organización Mundial de la Salud.
3. Las funciones de la Secretaría serán las siguientes:
 - a) adoptar disposiciones para las reuniones de la Conferencia de las Partes y de cualquiera de sus órganos subsidiarios y prestarles los servicios necesarios;
 - b) transmitir los informes que haya recibido en virtud del Convenio;

- c) prestar apoyo a las Partes, en particular a las que sean países en desarrollo o tengan economías en transición, cuando así lo soliciten, en la recopilación y transmisión de la información requerida de conformidad con las disposiciones del Convenio;
- d) preparar informes sobre sus actividades en el marco de este Convenio, siguiendo las orientaciones de la Conferencia de las Partes, y someterlos a la Conferencia de las Partes;
- e) asegurar, bajo la orientación de la Conferencia de las Partes, la coordinación necesaria con las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales y otros órganos competentes;
- f) concertar, bajo la orientación de la Conferencia de las Partes, los arreglos administrativos y contractuales que sean necesarios para el ejercicio eficaz de sus funciones; y
- g) desempeñar otras funciones de secretaría especificadas en el Convenio y en cualquiera de sus protocolos, y las que determine la Conferencia de las Partes.

Artículo 25

Relaciones entre la Conferencia de las Partes y las organizaciones intergubernamentales

Para prestar cooperación técnica y financiera a fin de alcanzar el objetivo de este Convenio, la Conferencia de las Partes podrá solicitar la cooperación de organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales competentes, incluidas las instituciones de financiamiento y desarrollo.

Artículo 26

Recursos financieros

1. Las Partes reconocen la importancia que tienen los recursos financieros para alcanzar el objetivo del presente Convenio.
2. Cada Parte prestará apoyo financiero para sus actividades nacionales destinadas a alcanzar el objetivo del Convenio, de conformidad con sus planes, prioridades y programas nacionales.

3. Las Partes promoverán, según proceda, la utilización de vías bilaterales, regionales, subregionales y otros canales multilaterales para financiar la elaboración y el fortalecimiento de programas multisectoriales integrales de control del tabaco de las Partes que sean países en desarrollo y de las que tengan economías en transición. Por consiguiente, deben abordarse y apoyarse, en el contexto de estrategias nacionales de desarrollo sostenible, alternativas económicamente viables a la producción de tabaco, entre ellas la diversificación de cultivos.

4. Las Partes representadas en las organizaciones intergubernamentales regionales e internacionales y las instituciones financieras y de desarrollo pertinentes alentarán a estas entidades a que faciliten asistencia financiera a las Partes que sean países en desarrollo y a las que tengan economías en transición para ayudarlas a cumplir sus obligaciones en virtud del presente Convenio, sin limitar los derechos de participación en esas organizaciones.

5. Las Partes acuerdan lo siguiente:

a) a fin de ayudar a las Partes a cumplir sus obligaciones en virtud del Convenio, se deben movilizar y utilizar en beneficio de todas las Partes, en especial de los países en desarrollo y los países con economías en transición, todos los recursos pertinentes, existentes o potenciales, ya sean financieros, técnicos o de otra índole, tanto públicos como privados, disponibles para actividades de control del tabaco;

b) la Secretaría informará a las Partes que sean países en desarrollo y a las que tengan economías en transición, previa solicitud, sobre fuentes de financiamiento disponibles para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Convenio;

c) la Conferencia de las Partes en su primera reunión examinará las fuentes y mecanismos existentes y potenciales de asistencia sobre la base de un estudio realizado por la Secretaría y de otra información pertinente, y considerará su adecuación; y

d) los resultados de este examen serán tenidos en cuenta por la Conferencia de las Partes a la hora de determinar la necesidad de mejorar los mecanismos existentes o establecer un fondo mundial voluntario u otros mecanismos financieros apropiados para canalizar recursos financieros adicionales, según sea necesario, a las Partes que sean países en desarrollo y a las que tengan economías en transición para ayudarlas a alcanzar los objetivos del Convenio.

PARTE IX: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Artículo 27

Solución de controversias

1. Si surge una controversia entre dos o más Partes respecto de la interpretación o la aplicación del presente Convenio, esas Partes procurarán resolver la controversia por vía diplomática mediante negociación o cualquier otro medio pacífico de su elección, por ejemplo buenos oficios, mediación o conciliación. El hecho de que no se llegue a un acuerdo mediante buenos oficios, mediación o conciliación no eximirá a las Partes en la controversia de la responsabilidad de seguir tratando de resolverla.
2. Al ratificar, aceptar, aprobar o confirmar oficialmente el Convenio, al adherirse a él, o en cualquier momento después de ello, un Estado u organización de integración económica regional podrá declarar por escrito al Depositario que, en caso de controversia no resuelta de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, acepta como obligatorio un arbitraje especial de acuerdo con los procedimientos que adopte por consenso la Conferencia de las Partes.
3. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a todos los protocolos y a las Partes en dichos protocolos, a menos que en ellos se disponga otra cosa.

PARTE X: DESARROLLO DEL CONVENIO

Artículo 28

Enmiendas del presente Convenio

1. Cualquiera de las Partes podrá proponer enmiendas del presente Convenio. Dichas enmiendas serán examinadas por la Conferencia de las Partes.
2. Las enmiendas del Convenio serán adoptadas por la Conferencia de las Partes. La Secretaría comunicará a las Partes el texto del proyecto de enmienda al menos seis meses antes de la reunión en la que se proponga su adopción. La Secretaría comunicará asimismo los proyectos de enmienda a los signatarios del Convenio y, a título informativo, al Depositario.
3. Las Partes harán todo lo posible por llegar a un acuerdo por consenso sobre cualquier propuesta de enmienda del Convenio. Si se agotan todas las posibilidades de llegar a un acuerdo por consenso, como último recurso la enmienda será adoptada por una mayoría de tres cuartos de las Partes presentes y votantes en la reunión. A los efectos del presente artículo, por «Partes presentes y votantes» se entiende las Partes

presentes que emitan un voto a favor o en contra. La Secretaría comunicará toda enmienda adoptada al Depositario, y éste la hará llegar a todas las Partes para su aceptación.

4. Los instrumentos de aceptación de las enmiendas se entregarán al Depositario. Las enmiendas adoptadas de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo entrarán en vigor, para las Partes que las hayan aceptado, al nonagésimo día contado desde la fecha en que el Depositario haya recibido instrumentos de aceptación de por lo menos dos tercios de las Partes en el Convenio.

5. Las enmiendas entrarán en vigor para las demás Partes al nonagésimo día contado desde la fecha en que se haya entregado al Depositario el instrumento de aceptación de las enmiendas en cuestión.

Artículo 29

Adopción y enmienda de los anexos del presente Convenio

1. Los anexos y enmiendas del presente Convenio se propondrán, se adoptarán y entrarán en vigor de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 28.

2. Los anexos del Convenio formarán parte integrante de éste y, salvo que se disponga expresamente otra cosa, toda referencia al Convenio constituirá al mismo tiempo una referencia a sus anexos.

3. En los anexos sólo se incluirán listas, formularios y otros materiales descriptivos relacionados con cuestiones de procedimiento y aspectos científicos, técnicos o administrativos.

PARTE XI: DISPOSICIONES FINALES

Artículo 30

Reservas

No podrán formularse reservas a este Convenio.

Artículo 31

Denuncia

1. En cualquier momento después de un plazo de dos años a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio para una Parte, esa Parte podrá denunciar el Convenio, previa notificación por escrito al Depositario.

2. La denuncia surtirá efecto al cabo de un año contado desde la fecha en que el Depositario haya recibido la notificación correspondiente o, posteriormente, en la fecha que se indique en dicha notificación.
3. Se considerará que la Parte que denuncia el Convenio denuncia asimismo todo protocolo en que sea Parte.

Artículo 32
Derecho de voto

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, cada Parte en el Convenio tendrá un voto.
2. Las organizaciones de integración económica regional, en los asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con un número de votos igual al número de sus Estados Miembros que sean Partes en el Convenio. Esas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si cualquiera de sus Estados Miembros ejerce el suyo, y viceversa.

Artículo 33
Protocolos

1. Cualquier Parte podrá proponer protocolos. Dichas propuestas serán examinadas por la Conferencia de las Partes.
2. La Conferencia de las Partes podrá adoptar protocolos del presente Convenio. Al adoptar tales protocolos deberá hacerse todo lo posible para llegar a un consenso. Si se agotan todas las posibilidades de llegar a un acuerdo por consenso, como último recurso el protocolo será adoptado por una mayoría de tres cuartos de las Partes presentes y votantes en la reunión. A los efectos del presente artículo, por «Partes presentes y votantes» se entiende las Partes presentes que emitan un voto a favor o en contra.
3. El texto de todo protocolo propuesto será comunicado a las Partes por la Secretaría al menos seis meses antes de la reunión en la cual se vaya a proponer para su adopción.
4. Sólo las Partes en el Convenio podrán ser Partes en un protocolo del Convenio.

5. Cualquier protocolo del Convenio sólo será vinculante para las Partes en el protocolo en cuestión. Sólo las Partes en un protocolo podrán adoptar decisiones sobre asuntos exclusivamente relacionados con el protocolo en cuestión.
6. Las condiciones para la entrada en vigor del protocolo serán las establecidas por ese instrumento.

Artículo 34

Firma

El presente Convenio estará abierto a la firma de todos los Miembros de la Organización Mundial de la Salud, de todo Estado que no sea Miembro de la Organización Mundial de la Salud pero sea miembro de las Naciones Unidas, así como de las organizaciones de integración económica regional, en la sede de la Organización Mundial de la Salud, en Ginebra, desde el 16 de junio de 2003 hasta el 22 de junio de 2003, y posteriormente en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, desde el 30 de junio de 2003 hasta el 29 de junio de 2004.

Artículo 35

Ratificación, aceptación, aprobación, confirmación oficial o adhesión

1. El Convenio estará sujeto a la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de los Estados y a la confirmación oficial o la adhesión de las organizaciones de integración económica regional. Quedará abierto a la adhesión a partir del día siguiente a la fecha en que el Convenio quede cerrado a la firma. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación, confirmación oficial o adhesión se depositarán en poder del Depositario.
2. Las organizaciones de integración económica regional que pasen a ser Partes en el Convenio sin que lo sea ninguno de sus Estados Miembros quedarán sujetas a todas las obligaciones que les incumban en virtud del Convenio. En el caso de las organizaciones que tengan uno o más Estados Miembros que sean Partes en el Convenio, la organización y sus Estados Miembros determinarán su respectiva responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones que les incumban en virtud del Convenio. En esos casos, la organización y los Estados Miembros no podrán ejercer simultáneamente derechos conferidos por el Convenio.
3. Las organizaciones de integración económica regional expresarán en sus instrumentos de confirmación oficial o de adhesión el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el Convenio. Esas organizaciones comunicarán

además al Depositario toda modificación sustancial en el alcance de su competencia, y el Depositario la comunicará a su vez a las Partes.

Artículo 36

Entrada en vigor

1. El presente Convenio entrará en vigor al nonagésimo día contado desde la fecha en que haya sido depositado en poder del Depositario el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación, confirmación oficial o adhesión.
2. Respecto de cada Estado que ratifique, acepte, apruebe el Convenio o se adhiera a él una vez satisfechas las condiciones relativas a la entrada en vigor establecidas en el párrafo 1 del presente artículo, el Convenio entrará en vigor al nonagésimo día contado desde la fecha en que el Estado haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
3. Respecto de cada organización de integración económica regional que deposite un instrumento de confirmación oficial o de adhesión, una vez satisfechas las condiciones relativas a la entrada en vigor estipuladas en el párrafo 1 del presente artículo, el Convenio entrará en vigor al nonagésimo día contado desde la fecha en que la organización haya depositado su instrumento de confirmación oficial o de adhesión.
4. A los efectos del presente artículo, los instrumentos depositados por una organización de integración económica regional no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados Miembros de esa organización.

Artículo 37

Depositario

El Secretario General de las Naciones Unidas será el Depositario del Convenio, de las enmiendas de éste y de los protocolos y anexos aprobados de conformidad con los artículos 28, 29 y 33.

Artículo 38

Textos auténticos

El original del presente Convenio, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL los infrascritos, debidamente autorizados a esos efectos, han firmado el presente Convenio.

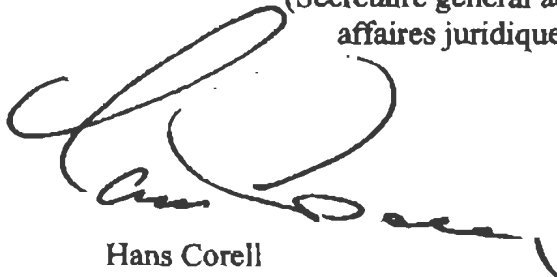
HECHO en GINEBRA el día veintuno de mayo de dos mil tres.

I hereby certify that the foregoing text is a true copy in the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish languages of the WHO Framework Convention on Tobacco Control done at Geneva on 21 May 2003.

Je certifie que le texte qui précède est la copie conforme en anglais, arabe, chinois, espagnol et français et russe de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac fait à Genève le 21 mai 2003.

For the Secretary-General,
The Legal Counsel
(Under-Secretary-General
for Legal Affairs)

Pour le Secrétaire général,
Le Conseiller juridique
(Secrétaire général adjoint aux
affaires juridiques)

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hans Corell', is written over the text of the French title. The signature is fluid and cursive, with a large initial 'H' and a long, sweeping tail.

Hans Corell

United Nations, New York
13 June 2003

Organisation des Nations Unies
New York, le 13 juin 2003

ANEXO 2

Resolución Legislativa que aprueba el “Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco”

RESOLUCION LEGISLATIVA N° 28280

(*) Convenio ratificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 054-2004-RE](#), publicado el 02-09-2004.

(*) El presente Convenio entró en **vigencia** para el Perú el 02-02-2004.

[R.M. N° 442-2007-MINSA \(Aprueban Directiva Sanitaria para la Promoción del Día Mundial sin Tabaco - Perú -2007\)](#)

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Resolución Legislativa siguiente:

RESOLUCIÓN LEGISLATIVA QUE APRUEBA EL “CONVENIO MARCO DE LA OMS PARA EL CONTROL DEL TABACO”

Artículo Único.- Objeto de la Resolución Legislativa

Apruébase el “Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco”, adoptado el 21 de mayo de 2003 en la ciudad de Ginebra, Confederación Suiza, en el marco de la 56 Asamblea Mundial de la Salud y suscrito por el Perú el 21 de abril de 2004, de conformidad con los artículos 56 y 102 inciso 3) de la Constitución Política del Perú.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación .

En Lima, a los veinticuatro días del mes de junio de dos mil cuatro.

HENRY PEASE GARCÍA

Presidente del Congreso de la República

MARCIANO RENGIFO RUIZ

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

Lima, 16 de julio de 2004

Cúmplase, comuníquese, publíquese, regístrese y archívese.

ALEJANDRO TOLEDO

Presidente Constitucional de la República

CARLOS FERRERO

Presidente del Consejo de Ministros

ANEXO 3

Ratifican el “Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco”

DECRETO SUPREMO N° 054-2004-RE

(*) El presente Convenio entró en **vigencia para el Perú el 02 febrero 2005.**

EL PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el “**Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco**” fue adoptado en la ciudad de Ginebra, Confederación Suiza, el 21 de mayo de 2001 y aprobado por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 28280, de 16 de julio de 2004;

Que, es conveniente a los intereses del Perú la ratificación del citado instrumento internacional;

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 56 y 118, inciso 11) de la Constitución Política del Perú, y en el artículo 2 de la Ley N° 26647;

DECRETA:

Artículo 1.- Ratifícase el “**Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco**” fue adoptado en la ciudad de Ginebra, Confederación Suiza, el 21 de mayo de 2001 y aprobado por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 28280, de 16 de julio de 2004.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, el primer día del mes de setiembre del año dos mil cuatro.

ALEJANDRO TOLEDO

Presidente Constitucional de la República

MANUEL RODRÍGUEZ CUADROS

Ministro de Relaciones Exteriores

ANEXO 4

Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco

LEY N° 28705(*)

(*) **DEROGADA** por la [Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 32159](#), publicada el 12 noviembre 2024.

CONCORDANCIAS : [D.S. N° 015-2008-SA \(Reglamento\)](#)

OTRAS CONCORDANCIAS

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO

Artículo 1.- Del objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto establecer un marco normativo sobre las medidas que permitan:

1. Proteger a la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, a fin de reducir dicho consumo y exposición de manera continua y sustancial.

2. Que los productos del tabaco sean comercializados de manera responsable, asegurando que su publicidad, promoción y comercialización esté dirigida solamente a mayores de edad, y que éstas sean coherentes con el principio de que el consumo de tabaco debe ser una opción sólo para adultos informados de los riesgos de su consumo.

3. Medidas para la reducción de la oferta ilegal de productos de tabaco en todo el territorio nacional.

Artículo 2.- Del ámbito de aplicación

Las disposiciones contenidas en la presente Ley son de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas que consuman, fabriquen, comercialicen, importen, distribuyan o suministren productos de tabaco. Así como las que presten servicios de publicidad, promoción o patrocinio a la industria tabacalera.

TÍTULO II

DE LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON EL CONTROL DE TABACO

CAPÍTULO I

DE LA PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN

Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

Prohíbese fumar en cualquier establecimiento dedicado a la salud o a la educación sean públicos o privados, en las dependencias públicas y en cualquier medio de transporte público.

En centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares y otros centros de entretenimiento, los propietarios y/o empleadores tendrán la opción de permitir el consumo de tabaco, en áreas designadas para fumadores que en todos los casos deben estar separadas físicamente de las áreas donde se prohíbe fumar y deben contar con mecanismos que impidan el paso del humo hacia el resto del local y ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior.

La autoridad municipal será la encargada de hacer cumplir esta norma. ()*

(*) Artículo modificado por el [Artículo 2 de la Ley N° 29517](#), publicada el 02 abril 2010, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

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

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

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

CONCORDANCIAS: [D.S. N° 015-2008-SA, Art. 24, num. 24.2](#)
[LEY N° 29517, Segunda Disp. Trans.](#)

[S.TC. EXP. N° 00032-2010-PI-TC \(Declaran infundada demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 3 de la Ley N° 28705 - Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco\)](#)

Artículo 4.- De la obligatoriedad de un anuncio en espacios cerrados

En todos los establecimientos a los que se refiere el artículo 3 de la presente Ley, deben colocarse, en un lugar visible, carteles con la siguiente inscripción:

“ESTÁ PROHIBIDO FUMAR EN LUGARES PÚBLICOS COMO ÉSTE, SEGÚN LA LEY N° ...”

“FUMAR ES DAÑINO PARA LA SALUD, EL HUMO DAÑA TAMBIÉN A LOS NO FUMADORES”

Las dimensiones y características de los carteles serán determinadas en el reglamento de la presente Ley.
(*)

(*) Artículo modificado por el [Artículo 2 de la Ley N° 29517](#), publicada el 02 abril 2010, cuyo texto es el siguiente:

" Artículo 4.- De la obligatoriedad de un anuncio en lugares donde está prohibido fumar

En todos los establecimientos a los que se refiere el artículo 3, deben colocarse, en un lugar visible, carteles con la siguiente inscripción:

“ESTÁ PROHIBIDO FUMAR EN LUGARES PÚBLICOS POR SER DAÑINO PARA LA SALUD”

“AMBIENTE 100% LIBRE DE HUMO DE TABACO”

Artículo 5.- De la información y educación al público

El Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación implementarán dentro de sus respectivas competencias:

1. Programas educativos sobre los riesgos de enfermar y morir que acarrea el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco, incluidas sus propiedades adictivas.

2. Programas de diagnóstico y tratamiento de la dependencia del tabaco.

3. Servicio de asesoramiento sobre el abandono del consumo de tabaco.

4. Suministrar apoyo para la educación de los padres en cuanto a cómo prevenir el tabaquismo en sus hijos, el impacto del humo de los demás en los niños y cómo protegerlos de la exposición del humo de los demás.

CAPÍTULO II

DEL EMPAQUETADO Y ETIQUETADO DE LOS PRODUCTOS DE TABACO

Artículo 6.- De los paquetes, etiquetas, carteles y anuncios publicitarios

En los paquetes, etiquetas, carteles y anuncios publicitarios de los productos de tabaco no se pueden incluir mensajes ni imágenes que estén dirigidos a menores de edad y sugieran que el éxito y popularidad aumentan por el hecho de fumar.

Artículo 7.- De las frases de advertencia e imágenes alusivas al daño a la salud

Las cajetillas de cigarrillos y en general toda clase de empaque o envoltura de productos de tabaco deben llevar impreso en un cincuenta por ciento (50%) de una de sus caras principales, frases e imágenes de advertencia sobre el daño a la salud que produce el fumar. Asimismo, deben llevar impresa dentro de la misma área y de manera permanente la frase:

“PROHIBIDA SU VENTA A MENORES DE 18 AÑOS”

Con excepción de los cigarrillos en todas sus presentaciones, los demás productos de tabaco podrán llevar las frases señaladas en el párrafo anterior impresas en etiquetas adheridas a su envoltura.

El reglamento de la presente Ley desarrollará las frases e imágenes de advertencia a que se refiere el presente artículo. (*)

(*) Artículo modificado por el [Artículo 2 de la Ley N° 29517](#), publicada el 02 abril 2010, cuyo texto es el siguiente:

" Artículo 7.- De las frases de advertencia e imágenes alusivas al daño a la salud

7.1 Las cajetillas de cigarrillos y en general toda clase de empaque o envoltura de productos de tabaco

deben llevar impresas, en un cincuenta por ciento (50%) de cada una de sus caras principales, frases e imágenes de advertencia sobre el daño a la salud que produce el fumar. Asimismo, deben llevar impresa dentro de la misma área y de manera permanente la frase:

“PROHIBIDA SU VENTA A MENORES DE 18 AÑOS”

7.2 Con excepción de los cigarrillos en todas sus presentaciones, los demás productos de tabaco pueden llevar las frases señaladas en el párrafo 7.1 impresas en etiquetas adheridas a su envoltura.

7.3 El reglamento de la presente Ley desarrolla las frases e imágenes de advertencia a que se refiere el presente artículo."

Artículo 8.- De la prohibición de utilizar determinados términos

Prohíbese la impresión, en las etiquetas, publicidad, marcas, slogan y cualquier signo que acompañe al producto, de los términos: "ligero", "ultraligero", "suave", "supersuave", "light", "ultra light", sinónimos u otros signos.

Artículo 9.- De la información adicional y del contenido de nicotina y alquitrán

Las cajetillas de cigarrillos, bolsas, empaques o envolturas de productos de tabaco que se expendan al consumidor final deben contener la fecha de vencimiento, contenido de nicotina, alquitrán, monóxido de carbono según las normas ISO, además de la información señalada en el artículo 3 de la Ley Nº 28405, Ley de Rotulado de Productos Industriales Manufacturados, en lo que fuera aplicable, en un área distinta a la usada para las frases de advertencia.

CAPÍTULO III

DE LA COMERCIALIZACIÓN

Artículo 10.- De la obligatoriedad de fijar cartel en centros de comercialización

Toda persona natural o jurídica dedicada a la venta directa al consumidor de productos de tabaco debe fijar un cartel en un lugar visible de su local con la siguiente frase:

“EL CONSUMO DE TABACO ES DAÑINO PARA LA SALUD

PROHIBIDA SU VENTA A MENORES DE 18 AÑOS”

Las dimensiones y características del cartel serán determinadas en el reglamento de la presente Ley.

Artículo 11.- De las prohibiciones de comercialización

Son las siguientes:

1. Prohíbese la venta directa o indirecta de productos de tabaco dentro de cualquier establecimiento dedicado a la salud o a la educación sean públicos o privados y de las dependencias públicas.

2. Prohíbese la venta de productos de tabaco a menores de 18 años.

3. Prohíbese la venta de productos de tabaco por menores de 18 años.

4. Prohíbese la venta de cigarrillos sin filtro.

5. Prohíbese la venta de paquetes de productos de tabaco que contengan menos de cinco (5) unidades. (*)

(*) Texto modificado por el [Artículo 2 de la Ley N° 29517](#), publicada el 02 abril 2010, cuyo texto es el siguiente:

" 5.- Prohíbese la venta de paquetes de productos de tabaco que contengan menos de diez (10) unidades".

6. Prohíbese la distribución gratuita promocional de productos de tabaco, excepto cuando en forma objetiva y verificable se pueda demostrar que el receptor es mayor de 18 años.

7. Prohíbese la promoción o distribución de juguetes que tengan forma o aludan a productos de tabaco que puedan resultar atractivos para menores de edad.

Artículo 12.- Del suministro de máquinas expendedoras

La venta de productos de tabaco en máquinas expendedoras sólo se puede realizar en locales cuyo acceso está permitido sólo a mayores de 18 años.

CAPÍTULO IV

DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y PATROCINIO DEL TABACO

Artículo 13.- De los anuncios publicitarios

Los anuncios publicitarios de productos de tabaco deben consignar las frases de advertencia a que se refiere el artículo 7, las cuales deben ocupar un espacio del quince por ciento (15%) del espacio publicitario y variarse con una periodicidad de seis (6) meses.

Artículo 14.- De la publicidad en medios gráficos

La publicidad de productos de tabaco en medios gráficos -diarios, revistas o similares- cuyo público objetivo son mayores de 18 años podrá efectuar publicidad de productos de tabaco. En ningún caso, la publicidad de productos de tabaco podrá ubicarse en la carátula o contracarátula de dichos medios gráficos.

Artículo 15.- De la prohibición de patrocinar eventos o actividades

Prohíbese patrocinar con la marca de cualquier producto de tabaco un evento o actividad destinado a menores de edad.

Artículo 16.- De las restricciones de la publicidad

Ningún anuncio publicitario de productos de tabaco podrá:

1. Estar dirigido a menores de edad.
2. Mostrar a una persona menor de edad.
3. Sugerir que la mayoría de personas son fumadores.

Artículo 17.- De las prohibiciones de la publicidad

Prohíbese la publicidad directa o indirecta de productos de tabaco en:

1. Medios de comunicación de televisión de señal abierta, radio u otro medio similar.

2. Establecimientos dedicados a la salud o a la educación sean públicos o privados y en las dependencias públicas.

3. Publicidad exterior en los alrededores en un radio de 500 metros de centros educativos de cualquier nivel o naturaleza.

4. Actividades deportivas de cualquier tipo.

5. Exhibiciones, espectáculos y similares en los que esté permitido el ingreso de menores de 18 años.

6. Prendas de vestir.

TÍTULO III

DE LA VIGILANCIA Y APLICACIÓN DE SANCIONES

CAPÍTULO I

DE LAS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE LA VIGILANCIA Y CUMPLIMIENTO DE LA LEY

Artículo 18.- De la vigilancia y cumplimiento de la Ley

Las municipalidades, el Ministerio de Salud, el INDECOPI y la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica, en el ámbito de sus competencias realizarán las inspecciones necesarias que aseguren el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley.

Las infracciones a las disposiciones sobre publicidad y rotulado de productos de tabaco, contenidas en la presente Ley serán denunciadas ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y ante la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI respectivamente, de conformidad con la normatividad vigente.

Tratándose de productos importados, de manera previa a su nacionalización la SUNAT realizará las inspecciones que sean necesarias a fin de comprobar lo establecido en el Capítulo II del Título II de la presente Ley y aplicará las sanciones que fije el reglamento.

CONCORDANCIAS : [D.S. N° 015-2008-SA, Art. 46, num. 46.1](#)

CAPÍTULO II

DE LA REGULACIÓN DE LAS SANCIONES

Artículo 19.- De la regulación de sanciones por el Poder Ejecutivo

Facúltase al Poder Ejecutivo para que en el plazo de noventa (90) días naturales, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, dicte las normas reglamentarias que regulen además las sanciones administrativas a imponerse, por inobservancia y/o incumplimiento de la presente Ley en lo que corresponda.

CONCORDANCIA : [R.M. N° 256-2006-PCM](#)

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

PRIMERA.- De la adecuación de la publicidad

Los anunciantes publicitarios de productos de tabaco adecuarán su publicidad a lo dispuesto en la

reglamento correspondiente.

SEGUNDA.- De las máquinas expendedoras

Los propietarios de máquinas expendedoras de productos de tabaco se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley en un plazo de noventa (90) días naturales contados a partir de la vigencia de la presente Ley.

TERCERA.- Importaciones en trámite de productos de tabaco

Exceptúase de los alcances de la presente Ley a las importaciones que a la fecha de promulgación de la presente Ley se encuentren con órdenes de compra confirmadas, en condiciones de embarque, en viaje o en trámite de internamiento al país.

CUARTA.- Áreas designadas para fumadores

Los locales que cuenten con áreas designadas para fumadores se adecuarán a lo establecido en la presente Ley en un plazo de ciento ochenta (180) días contados a partir de la vigencia de la presente Ley.

QUINTA.- Adecuación de los empaques de productos de tabaco

Los productores, importadores y distribuidores de productos de tabaco deben adaptar sus cajetillas de cigarrillos y en general toda clase de empaque o envoltura de productos de tabaco a las disposiciones establecidas en la presente Ley en un plazo de ciento ochenta (180) días contados desde la vigencia de la presente Ley.

SEXTA.- Derogatoria

Deróganse las Leyes nums. 25357, 26739, 26849 y 26957, y modifícanse todas las disposiciones legales que se opongan a la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los trece días del mes de marzo de dos mil seis.

MARCIAL AYAIPOMA ALVARADO

Presidente del Congreso de la República

FAUSTO ALVARADO DODERO

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

No habiendo sido promulgada dentro del plazo constitucional por el señor Presidente de la República, en cumplimiento de los artículos 108 de la Constitución Política y 80 del Reglamento del Congreso, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los cinco días del mes de abril de dos mil seis.

MARCIAL AYAIPOMA ALVARADO

Presidente del Congreso de la República

FAUSTO ALVARADO DODERO

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

CONCORDANCIAS A LA LEY N° 28705

R.M. N° 256-2006-PCM (Consituyen Comisión que elaborará proyecto de normas reglamentarias de la Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco)

R.VM. N° 004-2007-ED (Aprueban Directiva que norma la Campaña Educativa Nacional de Sensibilización y Promoción para una Vida sin Drogas: “Estudiantes Sanos, Libres de Drogas”)

R.M. N° 432-2007-MINSA (Disponen la publicación del proyecto de Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, en el Portal de Internet del Ministerio)

R.M. N° 899-2008-MINSA (Aprueban “Normativa Gráfica para el uso y aplicación de las advertencias sanitarias en envases, publicidad de cigarrillos y de otros productos hechos con tabaco”)

R.M. N° 106-2010-TR (Declaran la Sede Central del Ministerio y sus programas y proyectos que lo conforman como ambientes libres del humo de tabaco)

R.M.N° 119-2011-MINSA (Aprueban Régimen Transitorio aplicable para el cambio de pictogramas, figuras y lemas de las advertencias sanitarias aplicable a importaciones de cajetillas de cigarrillos y de toda clase de empaque o envoltura de productos de tabaco)

R.M. N° 469-2011-MINSA (Aprueban “Normativa Gráfica para el uso y aplicación de las advertencias sanitarias en envases, publicidad de cigarrillos y de otros productos hechos con tabaco”)

R.M. N° 415-2012-MINSA (Aprueban Norma Técnica de Salud para Inspecciones de ambientes 100% libres de humo de tabaco) R.M. N° 748-2012-MINSA (Establecen como advertencias sanitarias gráficos de la “Normativa Gráfica para el uso y aplicación de las advertencias sanitarias en envases, publicidad de cigarrillos y de otros productos hechos con tabaco”, las cuales deberán consignarse en los envases, publicidad de cigarrillos y de otros productos hechos con tabaco). R.M. N° 684-2014-MINSA (Establecen nuevas advertencias sanitarias en la “Normativa Gráfica para el uso y aplicación de las advertencias sanitarias en envases, publicidad de cigarrillos y de otros productos hechos con tabaco”, aprobada mediante R.M. N° 469-2011-MINSA, las cuales deben consignarse en los envases, publicidad de cigarrillos y de otros productos hechos con tabaco)

R.M.N° 1033-2019-MINSA (Aprueban Norma Técnica de Salud para Inspecciones de Ambientes 100% Libres de Humo de Tabaco)

ANEXO 5

**Aprueban Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos
del Consumo del Tabaco**

DECRETO SUPREMO N° 015-2008-SA

(*) El Presente Reglamento entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”, a excepción de los artículos 6, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40, los cuales entrarán en vigencia a los 180 (ciento ochenta) días calendarios contados a partir de la publicación del Reglamento, de conformidad con la [Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final](#) del presente Decreto Supremo.

CONCORDANCIAS

[Enlace Web: EXPOSICIÓN DE MOTIVOS - PDF.](#)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO :

Que, mediante Ley N° 28705, se aprobó la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco;

Que, el artículo 19 de la precitada Ley, dispone que el Poder Ejecutivo dictará la norma reglamentaria correspondiente ;

Que, mediante Resolución Ministerial N° 432-2007/MINSA se dispuso la prepublicación del proyecto de Reglamento de la referida Ley, habiéndose recibido diversos aportes de la opinión pública;

Que, habiéndose tenido en cuenta los aportes antes señalados, resulta necesario aprobar el Reglamento de la Ley N° 28705;

De conformidad con el numeral 8) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú y el numeral 3 del artículo 11 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

DECRETA:

Artículo 1.- Aprobación

Aprobar el Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, que consta de tres (3) Títulos, cuarenta y nueve (49) artículos, tres (3) Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales y seis (6) anexos; los mismos que forman parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 2.- Derogación

Deróguense todas las disposiciones que se opongan al presente Decreto Supremo.

Artículo 3.- Del refrendo

El presente Decreto Supremo será refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro de Salud.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los cuatro días del mes de julio del año dos mil ocho

ALAN GARCÍA PÉREZ

Presidente Constitucional de la República

LUIS CARRANZA UGARTE

Ministro de Economía y Finanzas

HERNÁN GARRIDO-LECCA M.

Ministro de Salud

REGLAMENTO DE LA LEY Nº 28705, LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Del objeto

El presente dispositivo reglamenta la Ley Nº 28705, Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco, a fin de proteger la salud de la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo del tabaco y de la exposición al humo del tabaco. Asimismo, regula la comercialización de los productos del tabaco, asegura que su publicidad, promoción y comercialización esté dirigida sólo a personas mayores de edad; y establece los mecanismos de fiscalización y sanción administrativa.

Artículo 2.- Mención a referencias

Cualquier mención en la presente norma a la palabra “Ley”, se entenderá que se refiere a la Ley Nº 28705, Ley General para la prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco.

Asimismo, cuando se haga referencia a la palabra “Reglamento” se refiere al Reglamento de la Ley Nº 28705, Ley General para la prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco.

Artículo 3.- Ámbito de aplicación

El Reglamento es de aplicación a todas las personas naturales y jurídicas que consuman, fabriquen, comercialicen, importen, distribuyan o suministren productos de tabaco. Asimismo, es aplicable a las personas que presten servicios de publicidad, promoción o patrocinio a la industria tabacalera.

Artículo 4.- Definiciones

1. Áreas o espacios abiertos: *Espacios físicos en un inmueble, expuestos al aire libre. (*)*

(*) Numeral modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo Nº 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero

2011, cuyo texto es el siguiente:

" **1. Espacios públicos cerrados:** Todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente."

2. Áreas o espacios cerrados: *Espacio físico dentro de un inmueble, que por su diseño arquitectónico o por su acondicionamiento, limite de alguna manera la ventilación.*(*)

(*) Numeral derogado por el [Artículo 6 del Decreto Supremo Nº 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011.

3. Cajetilla: Tipo de envase que contiene un número determinado de cigarrillos.

4. Cartón: Tipo de envase que contiene cajetillas de cigarrillos.

5. Centros Laborales: *Lugar en el que se encuentran empleadores y trabajadores en ejercicio de actividades laborales. Comprende también las áreas de atención al público.*(*)

(*) Numeral modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo Nº 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011, cuyo texto es el siguiente:

" **5. Lugares de trabajo:** Para el presente Reglamento se entenderá lugar de trabajo todo lugar utilizado por las personas durante su empleo o trabajo. Esta definición debe abarcar no solamente el trabajo remunerado, sino también el trabajo voluntario del tipo que normalmente se retribuye. Además, los lugares de trabajo incluyen no sólo aquellos donde se realiza el trabajo, sino también todos los lugares que los trabajadores suelen utilizar en el desempeño de su empleo, entre ellos, por ejemplo, los pasillos, ascensores, tragaluz de escalera, vestíbulos, instalaciones conjuntas, cafeterías, servicios higiénicos, salones, comedores y edificaciones anexas tales como cobertizos, entre otros. Los vehículos de trabajo se consideran lugares de trabajo y deben identificarse de forma específica como tales. Los interiores de los lugares de trabajo incluyen todos los espacios que se encuentren dentro del perímetro de los mismos."

6. Control de los productos del tabaco o del tabaquismo: Medidas para la disminución de la venta y/o compra de productos del tabaco, con objeto de mejorar la salud de la población.

7. Dependencia pública: Comprende todas las Entidades del Estado.

8. Envase: Todo recipiente cerrado utilizado para contener todo producto del tabaco destinado al consumo, comprendiendo los materiales autorizados para envolver que estén en contacto directo con el producto (NTP 209.038). Este término no incluirá:

a. Los envases primarios que no están destinados a venderse individualmente al consumidor.

b. Los recipientes o los envases de expedición utilizados únicamente para el transporte de los productos a granel o en gran cantidad, hacia los fabricantes, envasadores, procesadores o distribuidores de venta al por mayor y menor.

c. Los recipientes auxiliares o envolturas externas utilizados para entregar los envases a los consumidores minoristas si no tienen ninguna indicación impresa de algún producto en particular.

d. Los recipientes utilizados para presentar envases que se vendan al por menor, cuando el recipiente en sí no está destinado a la venta.

e. Los recipientes abiertos o las envolturas transparentes que no tienen ninguna indicación escrita, impresa o gráfica que impida ver la información del rotulado, tal como lo señala la referida Norma Metrológica Peruana **(*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS.**

9. Etiquetas: Mensaje que se coloca en la cajetilla, cartón, envase o empaque de los productos del tabaco para su identificación.

10. Industria tabacalera: Incluye a los fabricantes, distribuidores, mayoristas e importadores de productos de tabaco.

11. Medio de transporte público: Incluye los vehículos destinados al transporte público de pasajeros. (*)

(*) Numeral modificado por el **Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA**, publicada el 15 enero 2011, cuyo texto es el siguiente:

" **11. Medios de transporte público:** Son las unidades de transporte individual o masivo, terrestre, aéreo o marítimo, utilizadas para trasladar pasajeros, sin importar su condición, calidad o tonelaje "

12. Productos de tabaco: Productos preparados totalmente o en parte utilizando como materia prima hojas de tabaco y que están destinados a ser fumados, chupados, masticados o utilizados como rapé.

13. Publicidad y promoción de productos de tabaco: Sugerencia o recomendación de cualquier forma que tiene por efecto o posible efecto promover directa o indirectamente el consumo de productos de tabaco.

14. Rótulo: Es cualquier marbete, marca u otra materia descriptiva o gráfica que se haya escrito, impreso, estarcido, marcado en relieve o en bajo relieve o adherido al producto, su envase o empaque; el mismo que suele contener la siguiente información: nombre o denominación del producto, país de fabricación, fecha de vencimiento, condiciones de conservación, observaciones, contenido neto del producto, expresado en unidades de masa o volumen, según corresponda, nombre y domicilio legal en el Perú del fabricante o importador o envasador o distribuidor responsable, según corresponda, así como su número de Registro Único de Contribuyente (RUC) y la advertencia del riesgo o peligro que pudiera derivarse de la naturaleza del producto, así como de su empleo, cuando estos sean previsibles.

15. Venta directa: Transferencia de un bien de forma personal.

16. Venta indirecta: Transferencia de un bien mediante máquinas expendedoras u otros mecanismos que no impliquen contacto personal.

TÍTULO II

DE LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON EL CONTROL DEL TABACO

CAPITULO I

DE LA PROTECCIÓN

Artículo 5.- De la prohibición de fumar en lugares públicos

Está prohibido fumar en las áreas abiertas y cerradas de los establecimientos públicos y privados dedicados a la salud y a la educación, en las dependencias públicas, así como en los medios de transporte público. ()*

(*) Artículo modificado por el **Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA**, publicada el 15 enero

, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 5.- De la prohibición de fumar

5.1 Está prohibido fumar en la totalidad de los ambientes de los establecimientos dedicados a la salud y educación, así como en el interior de los lugares de trabajo y las dependencias públicas.

5.2 Asimismo, se encuentra prohibido fumar en los interiores de todo espacio público cerrado y en todo medio de transporte público."

Artículo 6.- Área de fumadores

6.1 Los propietarios, representantes legales y administradores de los centros laborales privados, restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de entretenimiento, según corresponda, podrán habilitar, un área designada para fumadores, que no será mayor del veinte por ciento (20%) del área asignada a la atención al público. En estas áreas no se permitirá el ingreso de menores de edad.(*)

(*) Numeral modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2010-SA](#), publicado el 14 enero 2010, cuyo texto es el siguiente:

“ 6.1 Los propietarios, representantes legales y administradores de los centros laborales privados, restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de entretenimiento, según corresponda, podrán habilitar, un área designada para fumadores, que no será mayor del diez por ciento (10%) del área asignada a la atención al público. En estas áreas no se permitirá el ingreso a menores de edad.”

6.2 El área cerrada de fumadores(*) **RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS** deberá estar separada físicamente del resto del establecimiento, y deberá contar con mecanismos adecuados de ventilación y extracción del humo al exterior que impidan la contaminación del área de los no fumadores y de las viviendas aledañas.

6.3 Sólo se permitirá el consumo de tabaco o productos del tabaco en las áreas para fumadores a que se refiere el presente artículo, o en las áreas abiertas del local(*) **RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS**.(*)

(*) Artículo derogado por el [Artículo 6 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011.

Artículo 7.- De las inspecciones municipales

7.1 La autoridad municipal realizará inspecciones y mediciones periódicas de contaminantes del humo de tabaco en los centros laborales, restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de entretenimiento, y sancionará a los infractores conforme a lo señalado en el artículo 48 del presente Reglamento.(*)

(*) Numeral modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2010-SA](#), publicado el 14 enero 2010, cuyo texto es el siguiente:

" Artículo 7.- De las inspecciones a cargo de las Municipalidades y del Ministerio de Salud

7.1 La autoridad municipal, las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales y el Ministerio de Salud, realizarán inspecciones y mediciones periódicas de contaminantes del humo de tabaco en los centros laborales, restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de entretenimiento, y sancionarán a los infractores conforme a lo señalado en el artículo

48 del presente Reglamento; y, el artículo 128 y el Título Sexto de la Ley N° 26842 -Ley General de Salud, respectivamente."

7.2 Para la medición de contaminantes ambientales, la autoridad municipal utilizará la tecnología que estime conveniente y podrá instalar los mecanismos para tal fin en los lugares de atención al público y en los centros laborales. El Ministerio de Salud establecerá los límites máximos permisibles, a través de Resolución Ministerial.()*

(*) Numeral modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2010-SA](#), publicado el 14 enero 2010, cuyo texto es el siguiente:

" 7.2 Para la medición de presencia de humo de tabaco fuera del área a que se contrae el numeral 6.1 del artículo 6 del presente Reglamento, la autoridad municipal, las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales y el Ministerio de Salud, utilizarán la tecnología que estimen conveniente y podrán instalar los mecanismos para tal fin en los lugares de atención al público y en los centros laborales privados." .

7.3 La remoción, deterioro, pérdida o destrucción de los elementos destinados a la medición de contaminantes ambientales, será de responsabilidad de los propietarios o administradores, según corresponda.

Artículo 8.- Carteles de prohibición de fumar

En los lugares prohibidos para fumar consignados en el artículo 5 y en los centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares, centros de esparcimiento y otros centros de entretenimiento, se colocarán carteles de prohibición de fumar en todas las entradas, en cada espacio interior y en lugares visibles, de acuerdo a la dimensión del área del establecimiento o local, según el modelo y características indicado en el Anexo N° 1 del presente Reglamento. La visibilidad de los carteles dependerá de las características propias de cada establecimiento, de forma tal que sean perceptibles al consumidor final.()*

(*) Artículo modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011, cuyo texto es el siguiente:

" Artículo 8.- Anuncios en lugares visibles

8.1 En los ambientes y espacios señalados en los numerales 5.1 y 5.2 del artículo 5 del Reglamento se colocarán anuncios en idioma español, con o sin imágenes y que contengan necesariamente la siguiente leyenda:

“ESTA PROHIBIDO FUMAR EN LUGARES PÚBLICOS POR SER DAÑINO PARA LA SALUD”

“AMBIENTE 100% LIBRE DE HUMO DE TABACO”

8.2 Los espacios públicos abiertos o cerrados, en los que por su actividad o naturaleza, resulte indispensable o frecuente la utilización de otro idioma, se deberán colocar anuncios adicionales en ese idioma, pero sin modificar los textos y características antes señalados.

8.3 Debe colocarse un número mínimo razonable de avisos en cada uno de los lugares correspondientes, de acuerdo a la dimensión del área del establecimiento o local, según el modelo y características indicado en el Anexo N° 1 del Reglamento. La visibilidad de los carteles dependerá de las características propias de cada establecimiento, de forma tal que sean perceptibles al público en general. Los parámetros de razonabilidad y perceptibilidad de los avisos serán establecidos en la Norma Técnica de Inspecciones a la que se refiere el

numeral 12.3 del artículo 12 del Reglamento."

Artículo 9.- Carteles de área de fumadores

En el área designada para fumadores se deberá colocar carteles según el modelo indicado en el Anexo N° 2 del presente Reglamento. ()*

(*) Artículo derogado por el [Artículo 6 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011.

Artículo 10.- Carteles en los vehículos de transporte público

En los vehículos de transporte público, se deberán colocar en áreas visibles los carteles de prohibición de fumar según el modelo indicado en el Anexo N° 1. El número de carteles dependerá de la dimensión del vehículo, asegurándose que estos sean visibles para todos los pasajeros desde cualquier lugar de ubicación.

Los carteles serán proporcionados por el Ministerio de Salud, quien se encargará de su distribución en coordinación con las instancias correspondientes. ()*

(*) Artículo modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011, cuyo texto es el siguiente:

" Artículo 10.- Carteles en los vehículos de transporte público

En los vehículos de transporte público, se deberán colocar en áreas visibles los carteles de prohibición de fumar según el modelo y las características indicados en el Anexo N° 1 del Reglamento. El número de carteles dependerá de la dimensión del vehículo, asegurándose que estos sean visibles para todos los pasajeros desde cualquier lugar de su ubicación."

Artículo 11.- Vigilancia Municipal

Las Municipalidades vigilarán y harán cumplir las disposiciones contenidas en el presente Reglamento y aplicarán las sanciones de acuerdo a sus competencias y facultades establecidas por Ley.

Artículo 12.- Vigilancia del Ministerio de Salud

12.1 El Ministerio de Salud realizará la vigilancia sanitaria, las mismas que incluyen entre otras, el reconocimiento físico de la señalización en los lugares referidos en los artículos 5, 8, 9 y 10 del Reglamento. ()*

(*) Numeral modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2010-SA](#), publicado el 14 enero 2010, cuyo texto es el siguiente:

" 12.1 El Ministerio de Salud y las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales realizarán la vigilancia sanitaria, la misma que incluye entre otras, el reconocimiento físico de la señalización en los lugares referidos en los artículos 5, 8, 9 y 10 del Reglamento; la medición de presencia o no de humo de tabaco en las zonas de los lugares que no correspondan a las que se encuentran detalladas en el numeral 6.1 del artículo 6 del presente Reglamento.

El Ministerio de Salud, en el ámbito de Lima Metropolitana, y las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales, impondrán las medidas de seguridad y sanciones, a que hubiere lugar."

12.2 Se pondrá en conocimiento de la Municipalidad Provincial o Distrital respectiva, las infracciones detectadas en dichos lugares, cuya supervisión y sanción estén dentro del ámbito de su competencia, para el inicio de las acciones correspondientes. (*)

(*) Artículo modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011, cuyo texto es el siguiente:

" Artículo 12.- Facultades de inspección

12.1 Para inspeccionar los ambientes cien por ciento libres de humo de tabaco, conforme a la Ley, podrán realizarse las siguientes actividades:

a) Reconocimiento físico de la señalización en los lugares referidos en los artículos 5, 8 y 10 del Reglamento.

b) Verificar la inexistencia de personas con cigarrillos u otros productos de tabaco encendidos.

c) Medición de presencia de humo de tabaco en las zonas señaladas en el artículo 5 del Reglamento.

Sin perjuicio de lo expuesto, los Reglamentos Internos de Trabajo de las entidades públicas o empresas privadas deben incluir la prohibición expresa de fumar en todas sus instalaciones, así como los mecanismos internos para denunciar a quienes fumen donde esté prohibido.

12.2 Corresponde a las Municipalidades Provinciales y Distritales inspeccionar el incumplimiento de la señalización señalada en el literal a) del numeral 12.1 del Reglamento.

12.3 Corresponde al Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Salud Ambiental - DIGESA, a las Direcciones Regionales de Salud de los Gobiernos Regionales o los órganos que hagan sus veces, así como a las Municipalidades Provinciales y Distritales, en el ámbito de sus competencias, realizar las actividades señaladas en los literales b) y c) del numeral 12.1 del Reglamento. Para tal efecto, el Ministerio de Salud aprobará mediante Resolución Ministerial una Norma Técnica de Inspecciones que constituya un documento técnico orientador sobre la materia."

Artículo 13.- Políticas y estrategias del Ministerio de Educación

13.1 El Ministerio de Educación establecerá políticas y estrategias para la prevención y reducción de los factores de riesgo derivados del consumo de tabaco. Asimismo, incluirá en su sistema curricular (Diseño Curricular Nacional), programas de prevención para evitar el inicio del consumo de tabaco, de enseñanza de estilos de vida saludable y de desarrollo de una vida sin tabaco, en todos los niveles y áreas educativas.

13.2 Los programas promoverán la participación de docentes, alumnos y padres de familia en campañas y movilizaciones nacionales en el "Día Mundial Sin Tabaco" y otras que contribuyan a este fin. Estos programas incluirán la participación de toda la comunidad y no podrán, bajo ninguna modalidad, contar con el auspicio y/o participación de la industria tabacalera.

13.3 El Ministerio de Educación coordinará con universidades públicas y privadas a fin de implementar y desarrollar programas para la prevención y control del tabaquismo en el ámbito universitario.

Artículo 14.- Programas de Prevención y Promoción de la Salud

El Ministerio de Salud coordinará los programas de prevención y promoción de la salud, con relación a la lucha antitabáquica con otras instituciones y organismos competentes en esta materia.

Artículo 15.- Tarea educativa e informativa del Estado

15.1 Los medios de comunicación del Estado, contribuirán y facilitarán la tarea educativa e informativa de promoción de la salud y prevención de los riesgos por fumar.

15.2 Asimismo, el Instituto Peruano de Deporte deberá participar en forma activa en todas las actividades promocionales que programe el Poder Ejecutivo para la lucha antitabáquica.

CAPITULO II

DEL EMPAQUETADO Y ETIQUETADO DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO

Artículo 16.- Rotulado

Esta prohibido incluir, en cualquier forma de envase de los productos del tabaco y en la publicidad de dichos productos: frases, imágenes y cualquier otra forma de mensaje que sugieran menos toxicidad y/o menos daño a la salud o que además asocien el éxito y la popularidad con el consumo de tabaco y/o que implique cualquier tipo de beneficio para la salud .

Artículo 17.- Adaptación del rotulado

Los productores, importadores y distribuidores de productos del tabaco deberán adaptar los envases de productos del tabaco en cualquier presentación destinados al consumidor final a las disposiciones establecidas en el Reglamento.

Artículo 18.- Impresión de las advertencias sanitarias en envolturas o empaques de productos del tabaco

Los paquetes de cigarrillo y en general todas las envolturas o empaques de productos del tabaco destinados al consumidor final, deberán llevar impreso en el cincuenta por ciento (50%) de una de las caras principales, una de las advertencias sanitarias sobre los riesgos de fumar aprobadas en el presente Reglamento..()*

(*) Artículo modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011, cuyo texto es el siguiente:

" Artículo 18.- Impresión de las advertencias sanitarias en envolturas o empaques de productos del tabaco

18.1 En todos los paquetes, envases, empaques o cualquier tipo de envoltura externa de todo producto del tabaco deben figurar obligatoriamente, en el cincuenta por ciento (50%) de cada una de las caras o superficies principales, las frases e imágenes de advertencia sobre el daño a la salud que produce fumar aprobadas por el Reglamento. Asimismo, debe llevar impresa dentro de la misma área y de manera permanente la frase siguiente "**Prohibida su venta a menores de 18 años**", ubicada en sentido vertical en una sola línea en el margen derecho sobre el fondo de la imagen o pictograma, según diseño a ser aprobado por el Ministerio de Salud.

18.2 Las advertencias sanitarias a que se contrae el párrafo precedente, están constituidas por dos (2) frases y dos (2) imágenes diferentes predeterminadas mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Salud y serán rotadas cada doce (12) meses.

18.3 Mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Salud se establecerán las características de las

advertencias sanitarias."

CONCORDANCIAS : [R.M.Nº 119-2011-MINSA, Art. 2](#)

Artículo 19.- De la comercialización en el mercado interno

Para efectos de la comercialización en el mercado interno de productos del tabaco indicados en el artículo 18 del presente Reglamento, las advertencias sanitarias serán impresas en toda envoltura o empaque que contenga productos a ser expendidos al consumidor final,. Los importadores serán responsables del cumplimiento del rotulado de las indicadas advertencias para los productos del tabaco elaborados en el extranjero y los fabricantes y/o distribuidores de producto de tabaco serán responsables para el caso de productos elaborados en el país.

Artículo 20.- Productos de tabaco

Los demás productos del tabaco con excepción de los cigarrillos en todas sus presentaciones, podrán llevar las advertencias sanitarias impresas en etiquetas adheridas a su envoltura, o de ser el caso en el cuerpo del producto si es que es expendido sin envoltura.

Artículo 21.- Prohibición de ocultamiento y remoción de las advertencias sanitarias

21.1 En ningún caso la advertencia sanitaria podrá ser cubierta por dibujos, colores o tramas impresos en el papel o plástico transparente que rodea los envases, ni ser adherida o impresa en este papel. Tampoco podrá ser cubierta por insertos u otro tipo de elementos colocados entre dicho envoltorio y los envases.

21.2 En caso que dentro de las cajetillas se incorpore un inserto, la advertencia deberá estar por ambos lados.

21.3 Las advertencias sanitarias deberán ser impresas en todo paquete que se comercialice y en los envases contenidos en su interior.

Artículo 22.- Advertencias sanitarias

22.1 Las advertencias sanitarias están constituidas por las frases e imágenes que se indican en el Anexo Nº 4 del Reglamento.

22.2 Las frases que constituyen las advertencias sanitarias son las siguientes:

- a. PELIGRO: El Monóxido de Carbono enferma al corazón y el alquitrán da cáncer.*
- b. PELIGRO: El humo de tabaco causa 55 diversas enfermedades, 17 son cánceres.*
- c. Fumar causa Impotencia Sexual.*
- d. Fumar ocasiona abortos.*
- e. Fumar produce Cáncer al Pulmón.*
- f. El humo del tabaco produce asma.*
- g. El humo de tabaco daña tu bebe.*
- h. La nicotina es altamente adictiva.*
- i. Fumar causa infarto al corazón.*

j. Fumar produce Cáncer de Boca.

k. Fumar causa infarto cerebral. (*)

(*) Numeral modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011, cuyo texto es el siguiente:

" 22.2 Las frases que constituyen las advertencias sanitarias son las siguientes:

- a. Fumar causa Gangrena.
- b. Fumar causa Cáncer de Mama.
- c. Fumar causa Impotencia Sexual.
- d. Fumar causa Aborto.
- e. Fumar causa Cáncer de Pulmón.
- f. El humo del tabaco causa Asma en los niños.
- g. El humo de tabaco daña a tu bebé.
- h. La nicotina es tan adictiva como la heroína.
- i. Fumar causa Infarto al Corazón.
- j. Fumar causa Cáncer de Laringe.
- k. Fumar causa Infarto Cerebral.
- l. Fumar causa Ceguera."

22.3 Dentro del área destinada a las advertencias sanitarias se incluirá la frase "Prohibida la venta a menores de 18 años de edad", así como la frase señalada en el numeral 24.1 del artículo 24 del Reglamento. Mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Salud se establecerán las proporciones mínimas para que todas las frases que constituyan advertencias sanitarias puedan ser legibles. (*)

(*) Numeral derogado por el [Artículo 6 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011.

22.4 En los lugares de expendio de los productos del tabaco, los envases deberán ser exhibidos al público exponiendo las advertencias sanitarias.

Artículo 23.- Prohibición de utilizar determinados términos en el etiquetado

Se prohíbe como forma de publicidad o promoción en el etiquetado de los productos del tabaco, el uso de los términos: "Ligero", "Ultraligero", "Suave", "Supersuave", "Light", "Ultralight"; sinónimos y símbolos que puedan sugerir que el contenido del producto del tabaco es comparativamente menor que otro, menos tóxico o menos adictivo, en el etiquetado o en el interior del envase de los productos del tabaco.

Artículo 24.- Referencia a los componentes cancerígenos

24.1 En todo producto del tabaco comercializado, deberá consignarse dentro del área destinada a la

advertencia sanitaria, el siguiente mensaje: "EL HUMO DEL TABACO CONTIENE MÁS DE 4,000 SUSTANCIAS TÓXICAS DE LOS CUALES 50 PRODUCEN CANCER, ENTRE LAS CUALES SE ENCUENTRAN EL ARSÉNICO, FÓSFORO, CIANURO Y AMONIACO".

24.2 En otra cara lateral del envase deberá constar la información respecto al país de fabricación, fecha de vencimiento, precio de venta, así como los contenidos de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 28405, Ley de rotulado de productos industriales manufacturados.

24.3 Toda información en los productos de tabaco o su publicidad debe ser en idioma español.

CAPÍTULO III

DE LA COMERCIALIZACION

Artículo 25.- Cartel de advertencia sanitaria

Los locales de las personas naturales o jurídicas dedicada a la venta de productos del tabaco, deberán fijar en lugar visible, un cartel con la advertencia sanitaria: "EL CONSUMO DE TABACO ES DAÑINO PARA LA SALUD. PROHIBIDA SU VENTA A MENORES DE 18 AÑOS", según el modelo indicado en el Anexo N° 3 del Reglamento.

Artículo 26.- Prohibición de venta de productos de tabaco

Prohíbese la venta directa o indirecta de productos del tabaco cualquiera sea su presentación, dentro de cualquier establecimiento público o privado dedicado a la salud y a la educación y en las dependencias públicas.

Artículo 27.- Venta a menores de edad

Se prohíbe la venta y suministro de productos del tabaco a menores de 18 años de edad, sea para consumo propio o de terceros. En caso de duda, los establecimientos deberán exigir la identificación del comprador.

Artículo 28.- Distribución promocional de productos de tabaco

Prohíbese la distribución gratuita promocional de productos de tabaco en la vía pública o en establecimientos que se permita el ingreso a menores de 18 años de edad. En otros lugares, solamente se permitirá la distribución de productos de tabaco cuando en forma objetiva y verificable se pueda demostrar que el receptor es mayor de edad.

Artículo 29.- Distribución promocional de juguetes que aludan a productos de tabaco

Se prohíbe la promoción, venta, distribución y/o donación de juguetes que tengan forma o aludan a productos de tabaco o que puedan resultar atractivos para menores de edad (cigarrillos, cigarros, puros, pipas, cajetillas y otros).

Artículo 30.- Máquinas expendedoras

30.1 Las máquinas expendedoras de productos del tabaco sólo estarán permitidas para la venta de productos del tabaco donde no tengan acceso menores de 18 años de edad.

30.2 Las máquinas expendedoras de productos del tabaco que cuenten con publicidad del producto,

deberán contar con una de las frases de advertencia sanitaria, en un área del 15% del espacio dedicado a la publicidad, con las mismas características que las señaladas para los anuncios publicitarios. Los envases que se expongan en las indicadas máquinas deberán exhibir al público la advertencia sanitaria.

“Artículo 30-A.- Prohibición de la comercialización de cajetillas de cigarrillos que contengan menos de diez unidades

Se encuentra prohibida la distribución y venta de cajetillas de cigarrillos que contengan menos de diez (10) unidades.”(*)

(*) Artículo incorporado por el [Artículo 3 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011.

CAPÍTULO IV

DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN O PATROCINIO DE PRODUCTOS DEL TABACO

Artículo 31.- De los anuncios publicitarios

31.1 Los anuncios publicitarios permitidos por Ley deben contar con una advertencia sanitaria constituida por uno de los mensajes sanitarios elaborados para los envases de cigarrillos en un área de 15% del espacio publicitario.

31.2 El mensaje sanitario deberá ser legible y visible para el consumidor, para lo cual deberá estar ubicado en la parte inferior del espacio publicitario, en un recuadro de fondo negro y letras mayúsculas blancas tipo Arial Black **(*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS**, que mantenga la proporcionalidad y características de las imágenes según el modelo del Anexo N° 5 del Reglamento.

31.3 Cuando se trate de dípticos, trípticos o cualquier otro sistema de hojas o caras múltiples, los mensajes sanitarios deberán repetirse en cada una de las caras en espacio de 15% cada una.

31.4 En los anuncios publicitarios donde se muestre uno o varios envases de productos del tabaco, se deberá exponer la cara donde se presente la advertencia sanitaria. Cualquier artificio para ocultar o disminuir la visibilidad de los mensajes sanitarios será sancionado conforme al Reglamento.

Artículo 32.- Rotación de las advertencias sanitarias en la publicidad

Las advertencias sanitarias para efectos de publicidad de los productos del tabaco, deben rotarse con una periodicidad de seis (6) meses conforme lo disponga el Ministerio de Salud. Dichas disposiciones serán publicadas en el Diario Oficial “El Peruano” con seis meses de anticipación, caso contrario se mantendrá la misma advertencia sanitaria utilizada en el periodo que se vence.()*

(*) Artículo modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 32.- Rotación de advertencias sanitarias en la publicidad

Las advertencias sanitarias para efectos de publicidad de los productos del tabaco, conforme lo disponga el Ministerio de Salud a través de una Resolución Ministerial, tendrán una vigencia de doce (12) meses. Dichas disposiciones serán publicadas en el Diario Oficial “El Peruano” con seis meses de anticipación."

CONCORDANCIAS: [R.M. N° 899-2008-MINSA \(Aprueban “Normativa Gráfica para el uso y aplicación de las advertencias sanitarias en envases, publicidad de cigarrillos y de otros productos](#)

hechos con tabaco”)

Artículo 33.- Limitación de publicidad gráfica para menores

33.1 La publicidad directa e indirecta de productos del tabaco esta limitada a diarios o revistas dirigidos exclusivamente a mayores de 18 años de edad.

33.2 La publicidad de tabaco no debe ser exhibida ni puesta al alcance de menores de 18 años de edad en lugares de atención al público.

Artículo 34.- Patrocinio de productos de tabaco

Prohíbese patrocinar y/o publicitar la marca, logos u otras formas que identifiquen cualquier producto del tabaco en eventos o actividades destinados a menores de 18 años de edad.

Artículo 35.- Publicidad permitida

35.1 La publicidad permitida no debe incluir mensajes ni imágenes que sugieran que el éxito y/o popularidad aumentan por el hecho de fumar y/o que la mayoría de personas son fumadoras. Dichos anuncios no deben de estar asociados a una vida saludable por fumar.

35.2 Queda prohibida la publicidad de tabaco que contenga imágenes de menores de 18 años de edad.

Artículo 36.- Publicidad en establecimientos de salud y educación

36.1 Se prohíbe toda forma de publicidad de productos del tabaco en establecimientos públicos o privados dedicados a la salud y a la educación, sean públicos o privados y en las dependencias públicas.

36.2 Inclúyase en esta prohibición la publicidad de productos de tabaco en todas sus formas, que lleve la marca de fábrica (sola o junto con otra palabra), la marca registrada, el nombre comercial, el aspecto distintivo, el logotipo, el isotipo, el arreglo gráfico, el diseño, el eslogan, el símbolo, el lema, el mensaje de venta, el color o combinación de colores reconocibles u otros elementos que permitan la identificación de algún producto de tabaco o a la empresa que lo comercializa o distribuye.

Artículo 37.- Prohibición de la publicidad directa e indirecta

Queda prohibida la publicidad directa e indirecta, y el uso de nombres, logos o marcas de productos de tabaco, en medios de comunicación televisivos y radiales abiertas u otro medio similar. Entiéndase por “otro medio similar” circuitos cerrados de radio y televisión, medios comunitarios locales de radio y televisión, así como páginas Web.

Artículo 38.- Prohibición de publicidad alrededor de instituciones educativas

Prohíbese todo tipo de publicidad exterior de productos de tabaco en los establecimientos educativos públicos y privados. Inclúyase en esta prohibición a los paneles, carteles, afiches y anuncios que tengan similares propósitos.

Artículo 39.- Prohibición de publicidad en eventos deportivos

Queda prohibida toda forma de publicidad directa e indirecta de productos de tabaco en todo tipo de actividades deportivas. Inclúyase en esta prohibición a la promoción de logos, marcas u otros signos distintivos que identifiquen cualquier producto de tabaco, así como los mecanismos de promoción de ventas que constituyan publicidad comercial.

Artículo 40.- De la prohibición de publicidad en prendas de vestir y accesorios

Queda prohibida toda forma de publicidad directa o indirecta de productos de tabaco en prendas de vestir y accesorios, sean éstas para regalo, venta, canje o promoción.

TÍTULO III

DEL CONTROL, INFRACCIONES Y SANCIONES

CAPÍTULO I

DE LAS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE LA VIGILANCIA Y CUMPLIMIENTO DEL REGLAMENTO

Artículo 41.- Coordinación para el cumplimiento del presente Reglamento

El Ministerio de Salud coordinará con los Gobiernos Locales, la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica (COLAT), SUNAT e INDECOPI las acciones necesarias para el cumplimiento de la Ley y del Reglamento, dentro del ámbito de sus respectivas competencias. ()*

(*) Artículo modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011, cuyo texto es el siguiente:

" Artículo 41.- Coordinación para el cumplimiento del presente Reglamento

El Ministerio de Salud coordinará con los Gobiernos Locales, SUNAT, INDECOPI, la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica (COLAT) y las demás organizaciones de la sociedad civil con facultades asignadas de acuerdo a Ley, las acciones necesarias para el cumplimiento de la Ley y del Reglamento, dentro del ámbito de sus respectivas competencias."

Artículo 42.- Sistemas complementarios de vigilancia municipal

La autoridad municipal podrá implementar otros sistemas complementarios de vigilancia para fiscalizar el cumplimiento de la Ley y del Reglamento, en el ámbito de su competencia.

Artículo 43.- Informes periódicos

El Ministerio de Salud solicitará informes periódicos a las instituciones encargadas de la vigilancia y cumplimiento de la Ley y del presente Reglamento.

Artículo 44.- Nacionalización de los productos del tabaco

44.1 Las cajetillas de cigarrillos y otros productos de tabaco elaborados en el extranjero, previamente a los trámites de nacionalización ante la SUNAT, deberán cumplir obligatoriamente con las normas referidas al rotulado y advertencias sanitarias contenidas en el Reglamento.

44.2 Una vez que estos productos ingresan a territorio nacional (zona primaria), no se permitirá colocar ningún rotulado, etiquetado ni re etiquetado, como paso previo para su nacionalización. Los almacenes aduaneros y los despachadores de aduana, según sea el caso, bajo responsabilidad no permitirán el etiquetado durante las operaciones previstas en el artículo 47 del Reglamento de la Ley General de Aduanas.

Artículo 45.- Excepciones de la Obligación del Etiquetado

45.1 Están exceptuados de la obligación del etiquetado a que se refiere el presente Reglamento, los productos de tabaco que se encuentren en las siguientes condiciones:

a. Como parte del equipaje y menaje de casa que porten los viajeros con pasaporte o documento oficial al ingreso o salida del país, conforme al Reglamento de Equipaje y Menaje de Casa, aprobado por Decreto Supremo N° 016-2006-EF.

b. Como obsequios a través de paquetes o envíos postales, mensajería internacional, correos rápidos o “courier”.

c. Que provengan del ingreso /salida para rancho de nave, del ingreso a los almacenes libres (Duty Free) o de cualquier otra modalidad especial de ingreso, siempre que se compruebe que no serán destinados a la comercialización interna.

d. Como muestras destinadas a la investigación.

45.2 Las excepciones dispuestas en el numeral 45.1, no comprenden a cualquier modalidad de donación ni el ingreso de muestras destinadas a la exhibición, promoción y publicidad.

Artículo 46.- Inspecciones de la SUNAT

46.1 Las inspecciones a cargo de la SUNAT, a que se refiere el tercer párrafo del artículo 18 de la Ley, se llevarán a cabo durante los reconocimientos físicos que se realicen, conforme a lo dispuesto en la Ley General de Aduanas y demás disposiciones legales correspondientes.

46.2 La inspección y verificación de la SUNAT respecto al envase y etiquetado de los cigarrillos y productos de tabaco, previstas en la Ley se realizarán de manera aleatoria conforme a lo dispuesto la Ley General de Aduanas vigente, y demás disposiciones legales pertinentes.

46.3 Si durante el reconocimiento físico se comprueba que la mercancía no cumple con las disposiciones contenidas en el Capítulo II del presente Reglamento en lo que corresponda, esta mercancía no podrá ser nacionalizada debiéndose proceder conforme a las disposiciones legales correspondientes.

CAPITULO II

DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 47.- Potestad sancionadora del INDECOPI

Las infracciones a las disposiciones sobre publicidad, rotulado, promoción y patrocinio de productos de tabaco contenidas en los artículos 31 al 40 del presente Reglamento, serán sancionadas por las Comisiones de Represión de la Competencia Desleal y de Protección al Consumidor del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), conforme a la normatividad vigente.

Artículo 48.- Potestad sancionadora de las Municipalidades

Las sanciones a las infracciones señaladas en el presente Reglamento, deberán ser establecidas por las Municipalidades competentes, en el marco de la potestad sancionadora reconocida por el artículo 46 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; para lo cual emitirán las Ordenanzas Municipales correspondientes. ()*

(*) Artículo modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2010-SA](#), publicado el 14 enero 2010, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 48.- Potestad sancionadora de las Municipalidades, de las Direcciones Regionales de

Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales y del Ministerio de Salud.

Las sanciones a las infracciones señaladas en el presente Reglamento, deberán ser establecidas por las Municipalidades competentes, en el marco de la potestad sancionadora reconocida por el artículo 46 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; para lo cual emitirán las Ordenanzas Municipales correspondientes; sin perjuicio de las competencias conferidas al Ministerio de Salud, de acuerdo a la Ley N° 26842, Ley General de Salud, o, en su caso, a las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales” .()*

(*) Artículo modificado por el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 48.- Potestad sancionadora de las Municipalidades, de las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales y del Ministerio de Salud

48.1 Corresponde a las Municipalidades Provinciales y Distritales, a través de sus áreas de fiscalización, imponer las sanciones derivadas del incumplimiento de la señalización en los lugares referidos en los artículos 5, 8 y 10 del Reglamento, para cual emitirán las Ordenanzas Municipales correspondientes.

48.2 Corresponde al Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Salud Ambiental - DIGESA, a las Direcciones Regionales de Salud de los Gobiernos Regionales o las que hagan sus veces, así como a las Municipalidades Provinciales y Distritales a través de sus áreas de fiscalización, en el ámbito de sus competencias, imponer las sanciones derivadas de las actividades señaladas en los literales b), c) y d) del numeral 12.1 del Reglamento. El Ministerio de Salud aprobará mediante Resolución Ministerial los Lineamientos para la aplicación de sanciones conforme a la Ley y el Reglamento. En el caso de los Gobiernos Regionales y Municipalidades, deberán emitir las Ordenanzas Regionales o Municipales respectivas.

48.3 Las organizaciones de la sociedad civil con facultades asignadas de acuerdo a Ley a que se refiere el artículo 41 del Reglamento podrán efectuar las denuncias ante las entidades que ejercen potestad sancionadora sobre la materia así como fomentar actividades de educación ciudadana en la materia."

Artículo 49.- Criterios para calificar infracciones e imponer sanciones

Al momento de sancionar, la autoridad competente deberá tener en cuenta los principios de razonabilidad, uniformidad y predictibilidad señalados en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Asimismo, deberá considerar los principios referidos a la potestad sancionadora de la Administración, establecidos en el artículo 230 de la citada Ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

Primera.- De la vigencia

El Presente Reglamento entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", a excepción de los artículos 6, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40, los cuales entrarán en vigencia a los 180 (ciento ochenta) días calendarios contados a partir de la publicación del Reglamento.

Segunda.- Importaciones en trámite de productos de tabaco.

Exceptúese de los alcances del Reglamento a las importaciones que a la fecha de aprobación del Reglamento se encuentran con órdenes de compra confirmadas, en condiciones de embarque en viaje o en

trámite de internamiento al país.

Tercera.- De las facultades del Ministerio de Salud.

Facúltese al Ministerio de Salud para que mediante Resolución Ministerial dicte las disposiciones que se requieran para la mejor aplicación del Reglamento.

[Enlace Web: Cuadro \(PDF\).](#)

(*) De conformidad con el [Artículo 2 del Decreto Supremo N° 001-2010-SA](#), publicado el 14 enero 2010, se incorpora la Tabla de Infracciones y Sanciones que forma parte del citado Decreto Supremo, como Anexo N° 7 al Reglamento de la Ley N° 28705.

(*) De conformidad con el [Artículo 2 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011, se modifica el Anexo N° 7: Tabla de Infracciones y Sanciones del Reglamento de la Ley N° 28705, conforme al cuadro que forma parte del citado Decreto Supremo.

CONCORDANCIAS AL DECRETO SUPREMO N° 015-2008-SA

[R.M. N° 793-2008-MINSA \(Disponen publicación del Proyecto de Normativa Gráfica para la mejor aplicación del Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco\)](#)

[R.M. N° 899-2008-MINSA \(Aprueban “Normativa Gráfica para el uso y aplicación de las advertencias sanitarias en envases, publicidad de cigarrillos y de otros productos hechos con tabaco”\)](#)

[Ley N° 29517, Única Disp. Final](#)

[R.M. N° 481-2010-MINSA \(Disponen la prepublicación del proyecto de Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N° 28705 - Ley General para la prevención y control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, en el Portal de Internet del Ministerio\)](#)

[R.M.N° 119-2011-MINSA \(Aprueban Régimen Transitorio aplicable para el cambio de pictogramas, figuras y lemas de las advertencias sanitarias aplicable a importaciones de cajetillas de cigarrillos y de toda clase de empaque o envoltura de productos de tabaco\)](#)

[R.M. N° 469-2011-MINSA \(Aprueban “Normativa Gráfica para el uso y aplicación de las advertencias sanitarias en envases, publicidad de cigarrillos y de otros productos hechos con tabaco”\)](#)

[R.M. N° 415-2012-MINSA \(Aprueban Norma Técnica de Salud para Inspecciones de ambientes 100% libres de humo de tabaco\)](#) [R.M. N° 748-2012-MINSA \(Establecen como advertencias sanitarias gráficos de la “Normativa Gráfica para el uso y aplicación de las advertencias sanitarias en envases, publicidad de cigarrillos y de otros productos hechos con tabaco”, las cuales deberán consignarse en los envases, publicidad de cigarrillos y de otros productos hechos con tabaco\).](#) [R.M. N° 684-2014-MINSA \(Establecen nuevas advertencias sanitarias en la “Normativa Gráfica para el uso y aplicación de las advertencias sanitarias en envases, publicidad de cigarrillos y de otros productos hechos con tabaco”, aprobada mediante R.M. N° 469-2011-MINSA, las cuales deben consignarse en los envases, publicidad de cigarrillos y de otros productos hechos con tabaco\)](#)

[R.M.N° 1033-2019-MINSA \(Aprueban Norma Técnica de Salud para Inspecciones de Ambientes 100% Libres de Humo de Tabaco\)](#)

FE DE ERRATAS

Fecha de publicación: 18-07-2008

En el artículo 4 del Reglamento;

DICE:

Artículo 4.- Definiciones

(...)

8. Envase: ...

e. Los recipientes..., tal como lo señala esta Norma Petrológica Peruana.

(...)

DEBE DECIR:

Artículo 4.- Definiciones

(...)

8. Envase: ...

e.Los recipientes..., tal como lo señala la referida Norma Metrológica Peruana

FE DE ERRATAS

Fecha de publicación: 18-07-2008

En el artículo 6 del Reglamento;

DICE:

Artículo 6.- Área de fumadores

6.2 El área de fumadores...

6.3 Sólo se permitirá... artículo.

DEBE DECIR:

Artículo 6.- Área de fumadores

6.2 El área cerrada de fumadores...

6.3 Sólo se permitirá... artículo, o en las áreas abiertas del local.

FE DE ERRATAS

Fecha de publicación: 18-07-2008

En el artículo 6 del Reglamento;

DICE:

Artículo 6.- Área de fumadores

6.2 El área de fumadores...

6.3 Sólo se permitirá... artículo.

DEBE DECIR:

Artículo 6.- Área de fumadores

6.2 El área cerrada de fumadores...

6.3 Sólo se permitirá... artículo, o en las áreas abiertas del local.

FE DE ERRATAS

Fecha de publicación: 18-07-2008

En el artículo 31 del Reglamento;

DICE:

Artículo 31.- De los anuncios publicitarios

(...)

31.2 El mensaje sanitario... mayúsculas blancas. Se sugiere, tipo Arial Black,...

(...)

DEBE DECIR:

Artículo 31.- De los anuncios publicitarios

(...)

31.2 El mensaje sanitario... mayúsculas blancas tipo Arial Black, ...

(...)

ANEXO 6

Se modifican artículos del Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA

DECRETO SUPREMO N° 001-2010-SA

[Enlace Web: EXPOSICIÓN DE MOTIVOS - PDF.](#)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley N° 28705, se aprobó la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco;

Que, mediante Decreto Supremo N° 015-2008-SA se aprobó el Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Tabaco;

Que, los artículos 47, 48 y 49 del precitado reglamento regulan la potestad sancionadora del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI y de las Municipalidades; así como los criterios para calificar infracciones e imponer sanciones;

Que, los artículos 105 y 106 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud disponen que corresponde a la Autoridad de Salud competente, dictar las medidas necesarias para minimizar y controlar los riesgos para la salud de las personas derivados de elementos, factores y agentes ambientales; así como dictar las medidas de prevención y control indispensables para que cesen los actos o hechos que ocasionan dichos riesgos y daños, cuando la contaminación del ambiente signifique riesgo o daño a la salud de las personas;

Que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 128 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, en el uso de las atribuciones que le confieren la mencionada ley, las leyes orgánicas, las leyes de organización y funciones, otras leyes especiales y sus reglamentos, la Autoridad de Salud está facultada a disponer acciones de orientación y educación, practicar inspecciones en cualquier bien mueble o inmueble, tomar muestras y proceder a las pruebas correspondientes, recabar información y realizar las demás acciones que considere pertinentes para el cumplimiento de sus funciones, así como, de ser el caso, aplicar medidas de seguridad y sanciones; asimismo, los artículos 134 y 135 de la precitada Ley, establecen la facultad sancionadora de la Autoridad de Salud por las infracciones a las disposiciones contenidas en la citada ley;

Que, el Artículo 36 de la Ley N° 27783, Ley Orgánica de Bases de la Descentralización establece que la Salud Pública es una competencia compartida; asimismo mediante Resolución Ministerial N° 405-2005/MINSA se reconoce que las Direcciones Regionales de Salud, se constituyen en la única autoridad de salud en cada Gobierno Regional;

Que, de conformidad con lo establecido por el artículo 18 la Ley N° 28705, Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco, concordante con los artículos 7 y 12 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA; el Ministerio de Salud es órgano competente para la vigilancia sanitaria del cumplimiento de la citada ley;

Que, en tal virtud, con el objetivo de tutelar la salud pública y que se realice un efectivo control de los contaminantes del humo del tabaco en los lugares privados y públicos contemplados en la Ley N° 28705, Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco, así como para proteger la salud

de la población, es conveniente efectuar algunas modificaciones a su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA;

De conformidad con el numeral 8) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú y el numeral 3 del artículo 11 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

DECRETA:

Artículo 1.- Modificación

Modifíquense el numeral 6.1 del artículo 6, los numerales 7.1 y 7.2 del artículo 7, así como el numeral 12.1 del artículo 12 y el artículo 48 del Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA, los mismos que quedarán redactados de la siguiente manera:

“Artículo 6.- Área para fumadores

6.1 Los propietarios, representantes legales y administradores de los centros laborales privados, restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de entretenimiento, según corresponda, podrán habilitar, un área designada para fumadores, que no será mayor del diez por ciento (10%) del área asignada a la atención al público. En estas áreas no se permitirá el ingreso a menores de edad.(*)

(*) Confrontar con el [Artículo 6 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011.

Artículo 7.- De las inspecciones a cargo de las Municipalidades y del Ministerio de Salud

7.1 La autoridad municipal, las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales y el Ministerio de Salud, realizarán inspecciones y mediciones periódicas de contaminantes del humo de tabaco en los centros laborales, restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de entretenimiento, y sancionarán a los infractores conforme a lo señalado en el artículo 48 del presente Reglamento; y, el artículo 128 y el Título Sexto de la Ley N° 26842 -Ley General de Salud, respectivamente.

7.2 Para la medición de presencia de humo de tabaco fuera del área a que se contrae el numeral 6.1 del artículo 6 del presente Reglamento, la autoridad municipal, las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales y el Ministerio de Salud, utilizarán la tecnología que estimen conveniente y podrán instalar los mecanismos para tal fin en los lugares de atención al público y en los centros laborales privados.

(.)”.

“Artículo 12.- Vigilancia del Ministerio de Salud

12.1 El Ministerio de Salud y las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales realizarán la vigilancia sanitaria, la misma que incluye entre otras, el reconocimiento físico de la señalización en los lugares referidos en los artículos 5, 8, 9 y 10 del Reglamento; la medición de presencia o no de humo de tabaco en las zonas de los lugares que no correspondan a las que se encuentran detalladas en el numeral 6.1 del artículo 6 del presente Reglamento.

El Ministerio de Salud, en el ámbito de Lima Metropolitana, y las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales, impondrán las medidas de seguridad y sanciones, a que hubiere lugar.

(.)”.

“Artículo 48.- Potestad sancionadora de las Municipalidades, de las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales y del Ministerio de Salud.

Las sanciones a las infracciones señaladas en el presente Reglamento, deberán ser establecidas por las Municipalidades competentes, en el marco de la potestad sancionadora reconocida por el artículo 46 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; para lo cual emitirán las Ordenanzas Municipales correspondientes; sin perjuicio de las competencias conferidas al Ministerio de Salud, de acuerdo a la Ley N° 26842, Ley General de Salud, o, en su caso, a las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales”.

(*) Confrontar con el [Artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011.

Artículo 2.- Incorporación de Tabla de Infracciones y Sanciones

Incorpórese la Tabla de Infracciones y Sanciones que forma parte del presente Decreto Supremo, como Anexo N° 7 al Reglamento de la Ley N° 28705.

Artículo 3.- Derogación

Deróguense todas las disposiciones que se opongan al presente Decreto Supremo.

Artículo 4.- Refrendo

El presente Decreto Supremo será refrendado por la Ministra de Economía y Finanzas y por el Ministro de Salud.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los trece días del mes de enero del año dos mil diez.

ALAN GARCÍA PÉREZ

Presidente Constitucional de la República

MERCEDES ARÁOZ FERNÁNDEZ

Ministra de Economía y Finanzas

OSCAR UGARTE UBILLUZ

Ministro de Salud

ANEXO N° 7

TABLA DE INFRACCIONES Y SANCIONES

ESCALA DE MULTAS APLICABLES

INFRACCIÓN	Personas naturales y personas	Personas jurídicas con capital	NOTAS
		jurídicas con capital social menor o	

igual a 10 UIT

1) Fumar en lugares prohibidos, incluidas las unidades de transporte público.	Por cada ocurrencia: 0,1 UIT (aplicable sólo a personas naturales)		En el caso de transporte público, la empresa de transporte y el titular de la unidad de transporte responderán solidariamente frente a la Autoridad Municipal.
2) Permitir fumar en lugares prohibidos, incluidas las unidades de transporte público, incluida la detección de presencia de humo de tabaco.	0,5 UIT	1 UIT	
3) Habilitar área para fumadores mayor a la permitida o que no cumpla con los requisitos establecidos en el Reglamento, así como por establecer áreas para fumadores en lugares no permitidos.	1 UIT	2.5 UIT	En el caso de venta de tabaco por menores de edad, se ordenará adicionalmente el decomiso de los bienes respectivos.
4) Comercializar productos de tabaco en los lugares consignados en el numeral 1 del artículo 11 de la Ley.	2 UIT, más el cierre temporal del establecimiento o suspensión de la licencia de comercialización, según corresponda.	5 UIT, más el cierre temporal del establecimiento o suspensión de la licencia de comercialización, según corresponda.	

5) Comercializar productos de tabaco con intervención de menores de 18 años de edad.	4 UIT y la cancelación de la licencia de funcionamiento o de comercialización del establecimiento , según corresponda .	10 UIT y la cancelación de la licencia de funcionamiento o de comercialización del establecimiento , según corresponda .	Ministerio de Salud o en su caso a las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales aplicará las sanciones que se refieren a la detección de presencia de humo de tabaco en los lugares habilitados para no fumadores , en cuyo caso, en la 4ta. ocurrencia solicitará a la Municipalidad respectiva , la cancelación de la licencia de funcionamiento del establecimiento .
6) No exhibir o exhibir inadecuadamente los carteles referidos en la Ley y el Reglamento .	0,1 UIT	0,5 UIT	En el caso de las máquinas expendedoras , loa administradores de los establecimientos donde estén ubicadas y los propietarios de las máquinas , responderán solidariamente frente a la Autoridad Municipal .
7) Impedir, deteriorar o remover pruebas de contaminación ambiental.	0,5 UIT	1 UIT	
8) Infringir las disposiciones contenidas referidas al	1 UIT, más el cierre temporal del	2.5 UIT más el cierre temporal del	En el caso de venta de productos del tabaco en forma

empleo de máquinas expendedoras .	establecimiento o suspensión de la	establecimiento o suspensión de la	suelta, en paquetes menores a cinco (5) unidades o
	licencia de comercialización , según corresponda .	licencia de comercialización , según corresponda .	de cigarrillos sin filtro, se ordenará adicionalmente el decomiso de los bienes respectivos .
9) Infringir otras disposiciones de la Ley y el Reglamento	2 UIT y la cancelación de la licencia de	5 UIT y la cancelación de la	
relacionadas con la comercialización de productos del	funcionamiento o de comercialización del	licencia de funcionamiento o de	
tabaco .	establecimiento , según corresponda .	comercialización del establecimiento ,	
		según corresponda .	

(*) Confrontar con el [Artículo 2 del Decreto Supremo Nº 001-2011-SA](#), publicada el 15 enero 2011.

ANEXO 7

Ley que Modifica la Ley N° 28705, Ley General Para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, Para Adecuarse al Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) Para el Control del Tabaco

LEY N° 29517(*)

(*) **DEROGADA** por la **Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 32159**, publicada el 12 noviembre 2024.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 28705, LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO, PARA ADECUARSE AL CONVENIO MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) PARA EL CONTROL DEL TABACO

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto modificar la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, con la finalidad de proteger de la exposición al humo de tabaco y mejorar las advertencias sobre el daño a la salud que produce el fumar, en cumplimiento del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco.

Artículo 2.- Modificatoria

Modifícanse los artículos 3, 4, 7 y 11 de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, los cuales quedan redactados de la siguiente manera:

“Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

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

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

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

Artículo 4.- De la obligatoriedad de un anuncio en lugares donde está prohibido fumar

En todos los establecimientos a los que se refiere el artículo 3, deben colocarse, en un lugar visible, carteles con la siguiente inscripción:

“ESTÁ PROHIBIDO FUMAR EN LUGARES PÚBLICOS POR SER DAÑINO PARA LA SALUD”

“AMBIENTE 100% LIBRE DE HUMO DE TABACO”

Artículo 7.- De las frases de advertencia e imágenes alusivas al daño a la salud

7.1 Las cajetillas de cigarrillos y en general toda clase de empaque o envoltura de productos de tabaco deben llevar impresas, en un cincuenta por ciento (50%) de cada una de sus caras principales, frases e imágenes de advertencia sobre el daño a la salud que produce el fumar. Asimismo, deben llevar impresa dentro de la misma área y de manera permanente la frase:

“PROHIBIDA SU VENTA A MENORES DE 18 AÑOS”

7.2 Con excepción de los cigarrillos en todas sus presentaciones, los demás productos de tabaco pueden llevar las frases señaladas en el párrafo 7.1 impresas en etiquetas adheridas a su envoltura.

7.3 El reglamento de la presente Ley desarrolla las frases e imágenes de advertencia a que se refiere el presente artículo.

Artículo 11.- De las prohibiciones de comercialización

Son las siguientes:

(.)

5.- Prohíbese la venta de paquetes de productos de tabaco que contengan menos de diez (10) unidades”.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Adecuación de las empresas de productos de tabaco

Los productores, importadores y distribuidores de productos de tabaco deben adecuar sus cajetillas de cigarrillos y en general toda clase de empaque o envoltura de tabaco a las disposiciones establecidas en la presente Ley en un plazo de ciento ochenta (180) días, a partir de su entrada en vigencia.

SEGUNDA.- Adecuación de los establecimientos que hubieran efectuado inversiones

Los establecimientos que hubieran efectuado inversiones comprobables para adecuarse a lo previsto en el antiguo texto del artículo 3 de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, tienen un plazo de trescientos sesenta (360) días a partir de la publicación de la presente Ley para adecuarse a lo previsto en ella.

TERCERA.- Importaciones en trámite de productos de tabaco

Exceptúase de los alcances de la presente Ley las importaciones de los productos de tabaco que a la fecha de su publicación se encuentren con órdenes de compra confirmadas, en condiciones de embarque, en

viaje o en trámite de internamiento al país, con una anticipación mayor a treinta (30) días.

DISPOSICIÓN FINAL

ÚNICA.- Normas reglamentarias

En un plazo de sesenta (60) días de publicada la presente Ley, el Poder Ejecutivo dicta las normas modificatorias del Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco.

La falta de reglamentación de la presente Ley no será impedimento para su vigencia y exigibilidad.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los treintiún días del mes de marzo de dos mil diez.

LUIS ALVACASTRO

Presidente del Congreso de la República

MICHAEL URTECHO MEDINA

Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, al primer día del mes de abril del año dos mil diez.

ALAN GARCÍA PÉREZ

Presidente Constitucional de la República

JAVIER VELASQUEZ QUESQUÉN

Presidente del Consejo de Ministros

ANEXO 8

Escrito N°: 01

Sumilla: **INTERPONE DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

000959

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Of. Trámite Documentario y
Archivos

JAIME BARCO RODA, identificado con DNI N° 07765829, con domicilio legal en la Calle Sucre N° 182, Oficina N° 102, Lima 18; **en representación de más de cinco mil ciudadanos**, con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforme lo acredita la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N° 2928-2010-JNE, de fecha 26 de octubre de 2010 (Anexo N° 1); y señalando **domicilio procesal en el Abonado N° 018** del Departamento de Notificaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, sito en el cuarto piso del Palacio de Justicia, ante usted nos presentamos y decimos:

I. PETITORIO

Que, en ejercicio de la legitimación reconocida por el inciso 5 del artículo 203° de la Constitución Política del Estado¹ y el artículo 99° del Código Procesal Constitucional – Ley N° 28237²; acudimos a vuestro Tribunal Constitucional a fin de interponer **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley 28705 – Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco, modificado por la Ley N° 29517, publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 02 de abril de 2010, que establece lo siguiente:

"Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

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

¹ "Artículo 203.- Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: (...) 5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado; (...)"

² "Artículo 99.- (...) Los ciudadanos referidos en el inciso 5) del artículo 203 de la Constitución deben actuar con patrocinio de letrado y conferir su representación a uno solo de ellos".

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

{604898.DOC.1} 1

Acción de Inconstitucionalidad N° 032-010-P1/TC

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

3.3 El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados" (énfasis agregado).

La presente demanda de Inconstitucionalidad tiene como objeto cuestionar el referido artículo, **en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en todos los espacios públicos cerrados del país**, prohibiendo de esa manera, la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores. Además, **en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos.**

A efectos de la presente demanda, nos referiremos a los extremos cuestionados del artículo 3° de la Ley 28705, modificado por la Ley N° 29517, como la "NORMA CUESTIONADA".

II. ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

1. De acuerdo con el artículo 100° del Código Procesal Constitucional³, el plazo de prescripción para interponer una demanda de inconstitucionalidad contra una norma de rango de ley, es de seis años contados a partir de la fecha de publicación de la norma.
2. La Ley N° 28705 – Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco, se publicó en el diario oficial "El Peruano" el 06 de abril de 2006. Ésta fue posteriormente modificada por la Ley N° 29517, la que fue publicada en el diario oficial el 02 de abril de 2010⁴. Por lo tanto, la NORMA CUESTIONADA se encuentra comprendida dentro del plazo legal establecido para cuestionar su validez a través del presente proceso de inconstitucionalidad.

³ "Artículo 100.- La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución".

- Destacamos que, la presentación de esta demanda forma parte del ejercicio del derecho ciudadano de solicitar al Tribunal Constitucional la eliminación de una norma legal por su manifiesta inconstitucionalidad. Se trata de una modalidad de participación ciudadana en el control constitucional, admitida expresamente por nuestro texto fundamental en sus artículos 200° y siguientes.

La presente demanda tiene como finalidad la defensa de principios y derechos constitucionales, evitando que la legislación termine consagrando situaciones de abuso. ~~Consideramos que en una sociedad libre, tolerante y democrática, no se puede prohibir a las personas el consumo de tabaco, ni imponer a los fumadores limitaciones arbitrarias al ejercicio de sus derechos. Únicamente, podrá permitirse una regulación razonable que garantice de forma equilibrada la libertad de los fumadores a consumir tabaco, y el derecho de los no fumadores a no ser expuestos al humo del mismo, evitando caer en prohibiciones desproporcionadas, y por ende, inconstitucionales.~~

III. MARCO GENERAL

- Como es de vuestro conocimiento, los tratados internacionales suscritos por el Perú, forman parte de nuestro ordenamiento interno, ostentando rango legal. Pues bien, mediante Resolución Legislativa N° 28280, publicada el ~~17 de julio de 2004~~, el Congreso de la República aprobó el ~~"Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco"~~.

De acuerdo a su artículo 3°, el referido instrumento establece "un marco para las medidas de control de tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de ~~reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo del tabaco~~".

En tal sentido, el referido Convenio establece disposiciones generales a partir de las cuales el Perú debe implementar medidas (legislativas, administrativas y

⁴ Destacamos que si bien su única disposición legal establece que ésta será reglamentada en un plazo de de sesenta días, también señala que la falta de reglamentación no será impedimento para su vigencia y exigibilidad.

ejecutivas), que contribuyan a reducir el consumo de tabaco y la exposición al humo del mismo.

- 2. En atención a dichos fines, el 06 de abril de 2006 se publicó la Ley N° 28705 - Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco; cuyo objeto se estableció de la siguiente manera:

"Artículo 1.- Del objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto establecer un marco normativo sobre las medidas que permitan:

1. Proteger a la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, a fin de reducir dicho consumo y exposición de manera continua y sustancial.

2. Que los productos del tabaco sean comercializados de manera responsable, asegurando que su publicidad, promoción y comercialización esté dirigida solamente a mayores de edad, y que éstas sean coherentes con el principio de que el consumo de tabaco debe ser una opción solo para adultos informados de los riesgos de su consumo.

3. Medidas para la reducción de la oferta ilegal de productos de tabaco en todo el territorio nacional".

Sin duda, estos objetivos resultan totalmente legítimos, por lo que destacamos que nuestro cuestionamiento no gira en torno a su consecución, sino a los medios empleados para tal efecto, y si estos resultan proporcionales con relación a los derechos fundamentales de las personas que han optado por consumir un producto legal como el tabaco.

- 3. En dicho contexto, la versión original del artículo 3° de la Ley N° 28705, señalaba que:

Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco Prohíbese fumar en cualquier establecimiento dedicado a la salud o a la educación sean públicos o privados, en las dependencias públicas y en cualquier medio de transporte público.

En centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares y otros centros de entretenimiento, los propietarios y/o empleadores tendrán la opción de permitir el consumo de tabaco, en áreas designadas para fumadores que en todos los casos deben estar separadas físicamente de las áreas donde se prohíbe fumar y deben contar con mecanismos que impidan el paso del humo hacia el resto del local y ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior.

La autoridad municipal será la encargada de hacer cumplir esta norma.

Como se puede apreciar, la norma permitía la existencia de áreas para fumadores en espacios públicos cerrados, siempre que éstas se encuentren separadas de las áreas donde se prohíbe fumar. Ello permitía el cumplimiento de los fines establecidos en tanto que ~~reducía el consumo del tabaco~~, y sobre todo, protegía a los no fumadores de la exposición al humo del tabaco. Así, se estableció un equilibrio razonable que permitía a las personas no fumadoras protegerse de la exposición del humo del tabaco, sin establecer una prohibición absoluta de fumar en todo tipo de establecimientos comerciales.

¿Reducción?

4. En el mismo sentido, el Reglamento de la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2008-SA, publicado el 05 de julio de 2008 estableció determinadas áreas de fumadores, de la siguiente manera:

"Artículo 6.- Área de fumadores

6.1 Los propietarios, representantes legales y administradores de los centros laborales privados, restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de entretenimiento, según corresponda, ~~podrán habilitar un área designada para fumadores, que no será mayor del veinte por ciento (20%) del área asignada a la atención al público. En estas áreas no se permitirá el ingreso de menores de edad~~".

Posteriormente, el ~~Decreto Supremo N° 001-2010-SA~~ modificó el artículo 6° antes citado, estableciendo una regulación más estricta para las áreas de fumadores. Veamos:

"Artículo 6°.- Área de fumadores

6.1. Los propietarios, representantes legales y administradores de los centros laborales privados, restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de entretenimiento, según corresponda, podrán habilitar, un área designada para fumadores, que no será mayor del diez por ciento (10%) del área asignada a la atención al público. En estas áreas no se permitirá el ingreso a menores de edad.

6.2. El área cerrada de fumadores deberá estar separada físicamente del resto del establecimiento, y deberá contar con mecanismos adecuados de ventilación y extracción del humo al exterior que impidan la contaminación del área de los no fumadores y de las viviendas aledañas.

6.3. Sólo se permitirá el consumo de tabaco o productos del tabaco en las áreas para fumadores a que se refiere el presente artículo, o en las áreas abiertas del local".

- 5. Adicionalmente, el Decreto Supremo N° 015-2005-SA, que aprueba el Reglamento sobre Valores Límite Permisibles para Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo, estableció los valores máximos permisibles de agentes químicos (dentro de los cuales se encuentra la nicotina), que son tomados en cuenta para medir la calidad de aire existente en las áreas exclusivas para fumadores, garantizando la salud de los fumadores
- 6. En conjunto, nuestra legislación permitía el consumo de tabaco en espacios abiertos; y en espacios públicos cerrados de manera restringida. Para este último caso, establecía que el 90% del establecimiento debía ser completamente libre de tabaco. Sin embargo, permitía acondicionar un área no mayor del 10% del local, para fumadores, la cual debía encontrarse separada del área de no fumadores, y debía contar con mecanismos adecuados de ventilación y extracción del humo, los que impedían la contaminación del área de no fumadores y de los locales aledaños. Además, el área de fumadores debía encontrarse dentro de los valores máximos permisibles para el tabaco.

~~De esta manera, nuestra legislación cumplía con los fines de reducción del consumo de tabaco y exposición al humo del mismo, establecidos en el "Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco", protegiendo el derecho a la salud de los no fumadores y sin restringir de manera desproporcionada los derechos de los fumadores.~~

- 7. Posteriormente, el 27 de enero de 2009, el Grupo Parlamentario Aprista, a iniciativa del congresista Luis Gonzáles Posada, presentó el Proyecto de Ley N° 2996/2008-CR para modificar los artículo 3°, 7° y 11.5° de la Ley N° 28705. Asimismo, la congresista Alda Ríos y otros integrantes del Grupo Parlamentario Alianza Nacional presentaron el Proyecto de Ley N° 3008/2008-CR para modificar el artículo 7° de la Ley N° 28705. Ambos proyectos fueron objeto del Dictamen acumulado de fecha 26 de mayo de 2009, emitido por la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República.

El 15 de enero de 2010, el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto de Ley N° 3790/2009-PE con la finalidad de modificar los artículos 3°, 7°, 13° y 15° de la Ley N° 28705. La Exposición de Motivos de dicho Proyecto justificaba la necesidad de "reforzar la normativa vigente respecto al consumo de tabaco

siguiendo el Convenio Marco para el Control del Tabaco". Consideraba que a pesar de la vigencia de dicha ley "la población continúa teniendo el hábito de consumo de tabaco, sin que la referida norma haya logrado los objetivos propuestos en su artículo 1º". El referido proyecto fue acumulado con los proyectos anteriores, elaborándose un texto sustitutorio que fue aprobado por el Pleno del Congreso en la Sesión realizada el 30 de marzo de 2010, exonerándose de la segunda votación en la misma sesión y convirtiéndose en la Ley N° 29517.

IV. ALCANCES DE LA NORMA IMPUGNADA

- 1. Como se ha mencionado, el artículo 2º de la Ley N° 29517 modificó el artículo 3º de la Ley N° 28705 – Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, en los términos siguientes:

"Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco
3.1 Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.
3.2 Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.
3.3 El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados".

- 2. En resumen el citado artículo establece lo siguiente:

LUGARES PROHIBIDOS	
	<u>Ejemplos</u>
Establecimientos dedicados a la salud	Clínicas, hospitales, postas, etc.
Establecimientos dedicados a la educación	Colegios, institutos, universidades, escuelas de post grado, etc.
Dependencias públicas	Edificios estatales, museos, bibliotecas, etc.
Interiores de los lugares de trabajo	Interiores de los lugares de trabajo
Espacios públicos cerrados	Restaurantes, cafés, pubs, bares,

	casinos, hoteles, etc.
Medios de transporte público	Buses, ómnibus, o similares
LUGARES PERMITIDOS	
Espacios Públicos Abiertos	Parques, plazas, calles, playas
Establecimientos de acceso público	Terrazas

3. Como se puede apreciar, la NORMA CUESTIONADA prohíbe fumar en todos los espacios públicos cerrados. Ello no solo implica que nadie podrá consumir tabaco en un espacio que se encuentre debidamente acondicionado para ello; sino que ~~prohíbe la existencia de espacios públicos cerrados exclusivamente para fumadores. Además, prohíbe el consumo de tabaco a personas adultas en las áreas abiertas de los establecimientos educativos.~~

Como desarrollaremos más adelante, la NORMA CUESTIONADA afecta de manera arbitraria el derecho a la libertad de las personas que han optado por el consumo del tabaco (producto cuya legalidad es ratificada por la Constitución); en tanto que no se les permite ejercer su libertad en espacios abiertos, o si quiera se permite la existencia de establecimientos exclusivamente para fumadores, a pesar que ello no afecte de ninguna manera los derechos de los no fumadores.

4. Destacamos que no cuestionamos la finalidad de reducir el consumo de tabaco o la exposición al humo del mismo sobre los no fumadores; sin embargo, ~~la NORMA CUESTIONADA asume una tesis absoluta, que termina por afectar los derechos fundamentales de los ciudadanos que han optado por el consumo de tabaco.~~

Al respecto nos preguntamos, ~~¿por qué prohibir el funcionamiento de establecimientos exclusivamente para fumadores, donde además trabaje personal fumador? O, ¿por qué impedir a las personas adultas el consumo de tabaco en una universidad donde cuenten con amplios espacios abiertos, donde no se afecten los derechos de los terceros?~~

5. Permitir la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores; así como permitir fumar en espacios abiertos no contraviene de manera alguna los

derechos de los no fumadores, sino que los protege contra la exposición del humo del tabaco.

La adecuada convivencia en sociedad exige que el Estado ejerza su función regulatoria bajo la premisa fundamental de garantizar la libertad de las personas, encontrando un equilibrio razonable entre los derechos de los ciudadanos.

IV.1 Sobre las razones que motivaron la NORMA CUESTIONADA

1. Conviene precisar cuál fue la finalidad de la NORMA CUESTIONADA, tal como se aprecia de los proyectos iniciales presentados y del debate efectuado en el Congreso. Si bien somos conscientes que la norma cuenta con vida propia, independientemente de la intención de quienes la elaboraron, consideramos que resulta ilustrativo conocer cómo se gestó el dispositivo que impugnamos a través de la presente demanda, para indagar en las razones que la motivaron.
2. El Proyecto de Ley N° 2996/2008-CR presentado por el Grupo Parlamentario Aprista el 27 de enero de 2009, proponía la modificación del artículo 3° de la Ley N° 28705, con la finalidad de prohibir que se fume en todos los establecimientos públicos y privados los cuales serán ambientes 100% libres de humo de tabaco. La Exposición de Motivos del Proyecto señalaba que el artículo 8 del "Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco" compromete al Perú a adoptar medidas "eficaces" contra la exposición al humo del tabaco y afirmaba que:

"El artículo 8 de la Ley N° 28705, sobre la protección contra la exposición al humo del tabaco, resulta insuficiente, ya que, por lo que resulta necesario que todos aquellos locales, públicos o privados, destinados a albergar a las personas, sea con objetivos laborales y/o de entretenimiento, públicos o privados, sean 100% libres de humo, pues es la única forma en que efectivamente se protegerá la salud tanto de los no fumadores como del personal que atiende en los centros de entretenimiento".

3. A su turno, el Dictamen acumulado del 26 de mayo de 2009 de los Proyectos de Ley N° 2996/2008-CR y N° 3008/2008-CR de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, mantenía la prohibición de fumar en espacios públicos, justificando la propuesta en que:

~~"5. La medida de establecer zonas de fumadores y no fumadores ha sido seriamente cuestionada porque se ha considerado que no es efectiva para proteger de la exposición al humo de tabaco a las personas. De acuerdo a un informe de junio del 2005 de la Sociedad Estadounidense de Ingenieros de Calefacción, refrigeración y Aire Acondicionado (ASHRAE) la única forma de eliminar tóxicos es eliminando el fumado en lugares cerrados.~~

~~(...)~~

~~10. Existen otros beneficios de mantener espacios libres 100% de humos de tabaco como la reducción del número de hospitalizaciones y la protección de los trabajadores de los centros de entretenimiento que involuntariamente se encuentran expuestos al humo de tabaco.~~

- 4. Por su parte, el Proyecto de Ley N° 3790/2009-PE presentado el 15 de enero de 2010 por el Poder Ejecutivo también proponía la existencia de ambientes 100% libres de humo de tabaco, señalando en su exposición de motivos que:

~~"(...) para lograr de manera eficaz que las personas estén libres de la contaminación causada por humo del tabaco la única forma es que estén totalmente alejados de él, es decir que se prohíba totalmente que se consuma tabaco en lugares públicos. En tal sentido, la presente propuesta legislativa señala que los lugares públicos de cualquier naturaleza deben ser 100% libres de humos de tabaco, pues es la única forma en que la salud de las persona se encontrará garantizada".~~

- 5. Finalmente, durante el debate realizado en el Pleno del Congreso de la República que condujo a la aprobación del texto sustitutorio (sesión de 30 de marzo de 2010) la Presidenta de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos⁵, la congresista Alda Lazo Ríos sustentó la propuesta señalando:

~~"Establecer espacios públicos especialmente para fumadores implicaría un retroceso en la legislación y no nos estaríamos adecuando al Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco. Adicionalmente, se estaría afectando a los trabajadores que laboran en estos lugares a los cuales también debemos proteger".~~

- 6. A partir del análisis de los proyectos presentados podemos concluir que las razones centrales que motivaron la reforma, en el sentido de establecer que todos los locales públicos y privados cerrados (incluso aquellos destinados al

entretenimiento), sean ambientes 100% libres de humo de tabaco, han sido las siguientes:

- a) ~~La norma anterior era insuficiente y no ha resultado efectiva.~~
- b) La reforma aprobada es la única medida efectiva para proteger la salud de los no fumadores y del personal que atiende (trabajadores).
- c) La reforma aprobada es la única forma de eliminar los tóxicos y evitar la contaminación causada por el humo del tabaco.
- d) La reforma se adecua a lo previsto por el artículo 8° del "Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco"⁶.

7. Como demostraremos a continuación, no todas éstas constituyen finalidades constitucionales. En principio porque la legislación relativa al consumo de tabaco ha cambiado constantemente, impidiendo que se lleve a cabo una verdadera adaptación de los establecimientos a la legislación, y una verdadera labor de fiscalización por parte del Estado en el cumplimiento de las normas. En el presente caso, ~~el Decreto Supremo N° 001-2010-SA que dispuso la posibilidad de establecer un área de máxima del 10% de local de atención al público como área de fumadores (desarrollando lo dispuesto por el artículo 3° original de la ley N° 28705), fue publicado el 14 de enero de 2010. Es decir que estuvo vigente únicamente cuatro meses~~ antes de que la NORMA CUESTIONADA estableciera ambientes 100% libres de humo. No nos explicamos cómo en cuatro meses cómo pudo haberse concluido que la referida norma resultaba insuficiente.

~~Pero además, pretender eliminar los tóxicos sociales como el tabaco y justificar la NORMA CUESTIONADA en la adecuación al "Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco", no constituyen finalidades constitucionales. Ello porque el artículo 8° de la Constitución permite el consumo de tóxicos sociales, como lo~~

⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Diario de los Debates", Segunda Legislatura ordinaria de 2009, 3° Sesión, martes 30 de marzo de 2010, p.39.

⁶ "Artículo 8. protección contra la exposición al humo de tabaco.

1. Las partes reconocen que la ciencia ha demostrado de manera inequívoca que la exposición al humo de tabaco es causa de mortalidad, morbilidad y discapacidad.
 2. Cada Parte adoptará y aplicará, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, mediante medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales"

(13)

es el tabaco. En el mismo sentido, el referido Convenio no podría prohibir su uso; como tampoco lo hace.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que la NORMA CUESTIONADA busca la protección efectiva del derecho a la salud de los no fumadores. Sin embargo, y como demostraremos a continuación, ~~ésta no resulta idónea para proteger el derecho a la salud de los no fumadores.~~ Pero más aún, la protección de los derechos de los no fumadores puede fácilmente alcanzarse mediante la imposición de medidas menos restrictivas. Tratándose además de una medida absolutamente desproporcionada.

V. CONSIDERACIONES PREVIAS: FUMAR NO SE ENCUENTRA PROHIBIDO NI POR LA CONSTITUCIÓN, NI POR EL "CONVENIO MARCO DE LA OMS PARA EL CONTROL DEL TABACO"

1. Como es de vuestro conocimiento, **nuestro texto constitucional no ha acogido una tesis que prohíba fumar.** Por el contrario, el artículo 8° de la Constitución dispone lo siguiente:

"Artículo 8°.- El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, ~~regula el uso de los tóxicos sociales.~~

2. El citado dispositivo tuvo como antecedente el artículo 17° de la Constitución de 1979, el cual sólo estuvo referido al deber del Estado de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas⁷. La norma, mantenía una actitud fundamentalmente represiva y criminal respecto al tráfico de drogas⁸. No obstante, durante el proceso de elaboración de la Constitución de 1993 se introdujo la segunda parte referida a la regulación por el Estado del uso de los tóxicos sociales. Dicha "regulación específica" no había estado prevista por la Constitución anterior⁹.
3. En efecto, en la 67° Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, realizada el 07 de junio de 1993, se

⁷ "Artículo 17.- El Estado reglamenta y supervisa la producción, calidad, uso y comercio de los productos alimenticios, farmacéuticos y biológicos. Combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas".

⁸ LAMAS PUCCIO Luis, "Control del tráfico ilícito de drogas", en GUTIÉRREZ Walter (Director), "La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo", Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica, Congreso de la República, 2005, p.400.

⁹ RUBIO CORREA Marcial, "Estudio de la Constitución Política de 1993", Tomo 2, Lima: PUCP, 1999, p. 93.

14

discutieron los alcances del referido dispositivo. En tal ocasión, el Presidente de la Comisión de Salud, Población y Familia, señor Jaime Freundt-Thurne, sustentó su propuesta que incluía dicha novedad señalando que:

"La primera parte es obvia: el tráfico ilícito de drogas es combatido y sancionado por el Estado. Al mencionar el uso de tóxicos sociales, nos referimos a una serie de tóxicos que existen, que no son en realidad drogas en el sentido estricto de la palabra. Me refiero, por ejemplo, al tabaco, al alcohol, al terokal, los inhalantes, etcétera. Hay una serie de tóxicos considerados en la literatura médica como tóxicos sociales, de los cuales el Estado, por lo menos, tiene que regular su uso. El Estado prohíbe -y ya lo está haciendo- fumar en una serie de lugares"¹⁰.

La citada propuesta fue objeto de debate en la referida Comisión, pues algunos congresistas consideraban que resultaba innecesario incluir una cláusula con dicho contenido en la Constitución. Así por ejemplo, se reconocía que el Estado podía regular los tóxicos sociales *"sin necesidad de que sea norma constitucional"*. Ello quedaba ratificado pues ya *"se ha dado la ley por la cual se prohíbe fumar en los lugares públicos"*¹¹. Y se agregaba que:

"En la cajetilla de cigarrillos se pone: Fumar es dañino para la salud. Para ello no hace falta autorización constitucional, porque el Estado tiene a su cargo la salud. No hace falta decir: El Estado regula el uso de los tóxicos sociales"¹².

Asimismo, otro congresista señalaba que:

"Considero que no es necesario enfatizar ese aspecto de los llamados tóxicos sociales; por eso, propongo que esta segunda parte sea eliminada. Es innecesaria y está ya dentro de las disposiciones generales y las atribuciones que le estamos reconociendo al Estado en esta área"¹³.

¹⁰ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, "Diario de los Debates. Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento", publicación oficial, Tomo V, Lima, p. 2701.

¹¹ Intervención del congresista Enrique Chirinos Soto, CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, Ob. Cit., p. 2701.

¹² Intervención del congresista Chirinos Soto, CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, Ob. Cit., p. 2703.

¹³ Intervención del congresista Róger Cáceres Velásquez, CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, Ob. Cit., p. 2702.

15

Sin embargo, finalmente, la norma relativa a los tóxicos sociales fue aprobada por mayoría en la citada Comisión, debido a la insistencia del ponente, quien afirmó con absoluta claridad lo siguiente:

"(...), no estamos diciendo que se prohíba, sino que se regule el uso de estos tóxicos nada más"¹⁴.

Como puede apreciarse, desde el debate constitucional quedó clara la diferencia existente entre "prohibición" y "regulación", asumiéndose sin mayor debate que ~~el artículo 8° de la Constitución se limitaba a establecer un mandato de regulación, pero en ningún caso pretendió introducir un supuesto de prohibición.~~

4. La breve síntesis efectuada del debate constitucional, nos permite afirmar que la norma referida a la potestad del Estado de regular los denominados "tóxicos sociales", que comprende al tabaco, fue introducida con la finalidad de precisar que el Estado estaba facultado para regular su uso. En consecuencia, el citado dispositivo no constituye una norma prohibitiva ni mucho menos califica como ilegal el consumo de los citados "tóxicos sociales", sino tan solo constituye una autorización normativa para la regulación de tales productos. Ella denota con claridad que el Estado puede realizar dicha actividad regulatoria. De allí que, ~~el Estado para proteger determinados derechos (como por ejemplo, la salud) puede dictar normas que regulen el consumo del tabaco, introduciendo ciertas restricciones.~~
5. Por tanto, lo dispuesto por el artículo 8° de la vigente Constitución, se limita a ratificar la potestad del Estado de establecer restricciones al uso del tabaco¹⁵; sin imponer prohibiciones absolutas. Si bien tal atribución regulatoria del Estado cuenta con cobertura constitucional y finalidad legítima, al momento de hacer uso de ella debe garantizarse un equilibrio razonable que evite posibles excesos regulatorios que terminen afectando

¹⁴ Intervención del congresista Freundt-Thurne, CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, Ob. Cit., p. 2706.

¹⁵ "Los tóxicos sociales son aquellas sustancias tóxicas cuyo uso está legitimado aunque restringido de diversas maneras en la sociedad. El alcohol y el tabaco son, probablemente, los dos tóxicos sociales más conocidos. En ambos casos, existe en el Perú regulación jurídica, que se sustenta en el artículo constitucional que comentamos. En el caso del (...) tabaco, también existen ciertas restricciones referidas a la publicidad y a su consumo en lugares públicos". BERNALES BALLESTEROS Enrique, "La Constitución de 1993. Análisis comparado", Lima: Konrad Adenauer. CIEDLA, 1996, p. 176.

196

otros derechos fundamentales; en aplicación del "test de razonabilidad". Ello por la sencilla razón que el citado artículo 8° no establece una prohibición absoluta al consumo de los denominados tóxicos sociales.

6. Como es de vuestro conocimiento, y de conformidad con lo establecido en el inciso 4) del artículo 200° de nuestra Constitución¹⁶, **el "Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco" tiene rango de ley, por lo que deberá interpretarse en armonía con la Constitución.** En tal sentido, ~~el referido convenio no podría prohibir el consumo de tabaco, ni imponer a los Estados que dicten normas que prohíban fumar, en tanto que nuestra Constitución Política permite expresamente el consumo de tóxicos sociales.~~ Una interpretación contraria vulneraría el artículo 8° de nuestro texto fundamental, por lo que devendría en inconstitucional.
7. Sin perjuicio de ello, resaltamos que **el "Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco" no impone la obligación a los Estados de adoptar una prohibición absoluta de fumar en todos los espacios públicos cerrados** -a los que la NORMA CUESTIONADA declara ambientes 100% libres de humo; sino que únicamente propone diversas disposiciones generales con la finalidad de que el Estado adopte medidas que permitan reducir el consumo y la exposición al humo del tabaco.
8. Por lo demás, el párrafo 2 del artículo 8° del referido Convenio no impone la obligación a los Estados de establecer ambientes 100% libres de humo; en tanto que el citado dispositivo señala que las medidas legislativas que adopte deben estar conforme a lo que "**determine la legislación nacional**"; y, evidentemente, la legislación nacional exige respetar la Constitución, como norma suprema del ordenamiento, y los derechos fundamentales.
9. Asimismo, destacamos que la misma Organización Panamericana de la Salud ha señalado que los espacios libres de humo son tan solo una propuesta:

¹⁶ **Artículo 200.-** Son garantías constitucionales:(...)

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las **normas que tienen rango de ley**: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, **tratados**, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

"Debido a la falta de protección que brindan las áreas donde hay
 señalizaciones para los fumadores y los no fumadores, y en vista de que
 la repercusión de los entornos libres de humo de tabaco aumenta
 con el nivel de las restricciones, el modelo propone entornos libres
 de humos de tabaco en todos los lugares públicos y lugares de
 trabajo. Aunque tal propuesta pueda parecer imposible de
 realizarse en algunas jurisdicciones, en realidad no es difícil
 lograrla".

10. En atención a ello, en otros países partes del referido Convenio, se establecen únicamente limitaciones parciales, tal como podemos apreciar del cuadro siguiente:

PAÍS	NORMA REGULADORA	TIPO DE PROHIBICIÓN ESTABLECIDA	FIRMARON CONVENIO OMS	LUGARES PÚBLICOS DONDE LA LEGISLACIÓN PERMITE FUMAR
Chile	Ley 19419	Parcial	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Los locales (como restaurantes, bares, pubs, discotecas, cabarés, casinos de juego y otros lugares de juego legalmente autorizados) con una superficie superior a 100 m², podrán contar con un espacio reservado para fumadores que no podrá exceder el 40% del área del local. - Los establecimientos de atención al público con un área igual o inferior a 100 m², podrán optar por ser lugares para fumadores o no fumadores, informando de ello en el acceso al local. - Se prohíbe fumar en los siguientes lugares, salvo en sus patios o espacios al aire libre: establecimientos de educación superior (públicos o privados); establecimientos de salud, (públicos o privados); aeropuertos, terrapuertos; teatros, cines, lugares en que se presenten espectáculos culturales y musicales, salvo que sean al aire libre.
España	Ley 28/2005	Parcial	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Se prohíbe fumar; sin embargo, se permite habilitar zonas para fumar,

17 ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, "Desarrollo de Legislación para el control del tabaco. Modelo y guías", junio de 2002, p.35.

				en los siguientes espacios o lugares: centros de atención social; hoteles, hostales y establecimientos análogos; bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados, con una superficie útil destinada a clientes o visitantes igual o superior a 100 m ² , salvo que estén ubicados en el interior de centros o dependencias; salas de fiesta, establecimientos de juego, o de uso público en general, durante el horario o intervalo temporal en el que no se permita la entrada a menores de 18 años; a menos que hayan espacios al aire libre; salas de teatro, cine y otros espectáculos públicos realizados en espacios cerrados.
Paraguay	Ley 825/95	Parcial	Sí	- Lugares especialmente habilitados para fumadores.
	Proyecto De Ley	Parcial		- Locales que cuentan con una superficie total mayor a 70 m ² , podrán permitir fumar en áreas materialmente divididas y con ventilación adecuada; siempre y cuando dichas áreas se encuentren debidamente identificadas.
México	Ley General Control Tabaco	Parcial	Si	- Lugares con acceso al público, interiores de trabajo, públicas o privadas, incluidas las universidades e instituciones de educación superior, podrán contar con zonas exclusivas para fumar que deberán: 1. Ubicarse en espacios al aire libre; o, 2. En espacios interiores aislados que dispongan de mecanismos que eviten el traslado de partículas hacia los espacios 100% libres de humo de tabaco y que no sea paso obligado para los no fumadores; 3. El área del espacio debe ser como máximo la mitad del área libre de tabaco.

19

Como puede apreciarse, el "Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco", no impone prohibiciones absolutas, pues todos los países mencionados en el citado cuadro han suscrito dicho instrumento internacional y ello no les ha impedido adoptar medidas que permitan fumar en determinados espacios abiertos al público. Esto ratifica que el referido Convenio sí admite supuestos de excepción, en atención a la legislación aplicable a cada Estado. En consecuencia, el legislador no se encuentra obligado por el Convenio a establecer prohibiciones absolutas; si lo hiciera, tal como ha sucedido en el presente caso, la validez constitucional de dicha medida deberá ser evaluada por vuestro Tribunal Constitucional.

VI. DERECHOS AFECTADOS POR LA NORMA CUESTIONADA

VI.1 LA NORMA CUESTIONADA VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD

1. Pese a que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no ha sido enunciado expresamente en nuestro texto fundamental, sí forma parte de nuestro ordenamiento jurídico como un derecho implícito derivado del artículo 3° de la Constitución.

De conformidad con lo sostenido por nuestro Tribunal en la sentencia N° ~~000007-2006-AT/TC~~, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental innominado o implícito derivado del derecho a la dignidad del ser humano (reconocido en los artículos 1° y 3° de nuestra Constitución) y que merece protección a través del artículo 3° que establece una cláusula de *numerus apertus*:

"En efecto, la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad, a través de su libre actuación general en la sociedad".^{17/18}

2. Este derecho comprende la libertad de actuación de la persona, entendida en el sentido más amplio. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha realizado un análisis amplio y detallado de este derecho, señalando que

mediante éste se garantiza la libertad general de actuar, de hacer o no hacer, en tanto que la persona lo considere conveniente. Así, ha considerado que:

~~"Se quiere garantizar con la libertad general de actuar, de hacer o no hacer lo que se considere conveniente. Por tanto, se inscribe en el amplio ámbito de la libertad y en todas aquellas manifestaciones en que el ser humano se proponga autónomamente realizar las más diversas metas."~~

- 3. Asimismo, se señala que su naturaleza exige que la protección del ordenamiento se expanda a las relaciones de las personas en todos los campos, tanto sociales como políticos, económicos, afectivos, entre otros. En consecuencia, el Estado no puede interferir en el desarrollo autónomo del ser humano, sino más bien debe procurar las condiciones aptas para su realización como persona²⁰. No obstante, este derecho tampoco es absoluto, sino que encuentra sus propios límites en el ordenamiento jurídico. Así también lo ha delimitado la Corte Colombiana en la sentencia N° T-124/98:

"La potestad de cada quien para fijar esas opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente, es lo que llamamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad".

En ese sentido, la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se configurará cuando se impida al individuo alcanzar sus aspiraciones legítimas mediante medidas irrazonables.

- 4. Al respecto, vuestro Tribunal ha considerado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad:

"(...) garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

~~Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por~~

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00007-2006-AI/TC, de fecha 30 de noviembre de 2007.

¹⁹ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-222/92.

²⁰ Ibídem.

~~El contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.~~

~~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 (...)”¹⁹~~

En el mismo sentido, en la sentencia N° 007-2006-AI/TC vuestro Tribunal consideró que:

“47. El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución). En efecto, la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la **libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad.**

48. El Tribunal Constitucional alemán, en el célebre caso Elfes, interpreta este clásico enunciado de la Ley Fundamental alemana, - la Constitución de ese país- en su artículo 2.1, entendiendo que el contenido o ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad comprende la **“libertad de actuación humana en el sentido más amplio”, la “libertad de actuación en sentido completo”**. Se trata, entonces, de un **“derecho autónomo que garantiza la libertad general de actuación del hombre”** y que no se confunde con la libertad de la actuación humana para determinados ámbitos de la vida que la Constitución ha garantizado a través de específicos derechos fundamentales, tal como sería el caso de las libertades de expresión, trabajo, asociación, etc.”²⁰

- 5. Como hemos visto, el Estado podría intervenir imponiendo restricciones a la libertad de las personas, siempre que éstas encuentren su sustento en los derechos de terceros (como lo es en el presente caso, el derecho a la salud de los no fumadores), y que se trate de restricciones razonables y proporcionales.

Sin embargo, ~~la NORMA QUESTIONADA afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que se les impide actual su libertad de fumar, aun~~

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02868-2004-AA/TC, de fecha 24 de noviembre de 2004, Fundamento Jurídico 14.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0007-2006-AI/TC, de fecha 22 de junio de 2007, Fundamentos Jurídicos 47 y 48.

~~cuando ello no afecte de ninguna manera los derechos de los no fumadores.~~ En efecto, y como hemos visto, la NORMA CUESTIONADA prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco en locales públicos cerrados, sin perjuicio que estos se encuentren destinados exclusivamente a fumadores (y donde labore personal fumador). Y además, prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco inclusive en las áreas abiertas de los establecimientos educativos exclusivos para adultos; aun cuando ~~ambas opciones no afectan de ninguna manera los derechos fundamentales de los no fumadores.~~

6. Esta injerencia del Estado se traduce también en el ejercicio de la libertad de las personas de actuar en la vida económica del país, impidiéndoles abrir cualquier establecimiento cerrado (sea por ejemplo un bar, café, pub, discoteca, etc.) exclusivo para fumadores, donde concurren únicamente las personas que deseen ejercer su derecho a fumar libremente. En dicho caso no existe una afectación a los derechos de terceros; por el contrario, se trata de la decisión voluntaria de determinadas personas de agruparse para fumar. Y siempre que estas personas han optado libremente por hacerlo, no pueden verse afectadas en sus derechos por la NORMA CUESTIONADA, que establece una prohibición absoluta.

7. Así las cosas, ~~el Estado no puede intervenir sancionando a las personas que en el marco de su autonomía han decidido libremente fumar en lugares acondicionados exclusivamente para ello.~~ Obviamente, nos referimos a personas adultas y no a menores de edad.

Un criterio importante fue desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia en la ~~Sentencia N° C-221/94~~ cuando declaró inconstitucionales las normas que penalizaban el consumo de drogas. En tal ocasión, estableció que:

"La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. ~~Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitarse a sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena.~~ El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. ~~Decidir por ella es arrebatárle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para~~

los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético; dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras esta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige (...)".

Como hemos indicado, puede justificarse una restricción a los derechos de las personas fumadoras cuando su ejercicio afecta los derechos de las personas no fumadoras. Sin embargo, ello no tiene asidero cuando las personas fumadoras deciden libremente concurrir a un lugar al que sólo asisten igualmente, por decisión voluntaria, otras personas fumadoras. En ese supuesto, no se afectan derechos de los no fumadores y por tanto una intervención del Estado carece de justificación, de lo contrario el Estado estaría imponiendo una conducta que se estima "positiva" - no fumar- negando la decisión voluntaria de adoptar una conducta distinta, o lo que es igual la autonomía que se le ha reconocido.

8. De tal manera, en el marco del libre desarrollo de la personalidad, se puede optar legítimamente por consumir tabaco -un producto legal- o no hacerlo; es decir, fumar o no fumar; acudiendo a locales privados de acceso exclusivos para fumadores, o acondicionados específicamente para ello. No obstante, la NORMA CUESTIONADA impide tal posibilidad, adoptando una decisión que solo corresponde a las personas, en tanto seres humanos con capacidad de razonar y autodeterminar libremente su conducta, puedan acudir a un establecimiento especialmente acondicionado para el consumo de tabaco.

9. Nos preguntamos, si el tabaco es un producto legal, ¿por qué las personas que optan por fumar no pueden contar con un ambiente especialmente acondicionado para ello, como sería un bar exclusivamente para fumadores?

Tq. interv. condicionada el ejercicio de derechos de personas

El Estado en este caso está tratando de imponer su juicio de valor sobre el consumo del tabaco; y tal sentido, la NORMA CUESTIONADA establece un marco regulatorio que busca evitar que los ciudadanos ejerzan su derecho a elegir, su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

En efecto si una persona ha decidido consumir tabaco de forma libre, y con el conocimiento pleno de las consecuencias de su decisión, ¿por qué el Estado tiene que sancionar esa elección y obligándolo a consumir este producto en las peores condiciones posibles, bajo el argumento de que con ello se protege el derecho de los no fumadores? No existe razón para ello. La convivencia en sociedad implica la obligación de respetar los intereses y derechos de los demás, siendo el Estado el llamado a garantizar el ejercicio de las libertades personales. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC N° 00850-2008-AA/TC, refiriéndose a la regulación del consumo de bebidas alcohólicas (otro de los denominados tóxicos sociales), el Estado no debe imponer modelos o de decidir que es malo o bueno para cada persona, su principal cometido es el de encarnar el consenso jurídico, garantizando el respeto al marco constitucional vigente.

B. LA NORMA CUESTIONADA VULNERA EL DERECHO A LA LIBRE INICIATIVA PRIVADA Y A LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. Uno de los principios que informan nuestro modelo económico es la libre iniciativa privada, recogido expresamente por el artículo 58° de la Constitución, según el cual "[l]a iniciativa privada es libre". Este principio, a su vez, debe ser complementado con lo señalado en el inciso 17 del artículo 2° del texto constitucional, que garantiza el derecho de toda persona a "*participar en forma individual o asociada, en la vida (...) económica (...) de la nación*".

Tal como lo ha definido nuestro Tribunal Constitucional, la libre iniciativa privada implica reconocer el derecho de toda persona -natural o jurídica- a "***emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material***"²³.

²³ Sentencia Del Tribunal Constitucional N° 0008-2003-AI/TC, de fecha 12 de noviembre de 2003. Fundamento Jurídico 17.

2. En esta misma dirección, el artículo 59° de la Constitución²¹ reconoce la libertad de empresa. Este derecho se identifica con el derecho de toda persona de elegir la actividad económica que desea realizar, que a su vez comprende cuatro tipos de libertades: a) **la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado**; b) la libertad de organización que implica *§ elud* **"la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros"**; c) la libertad de competencia; y d) la libertad para cesar sus actividades si se ha creado una empresa.

En efecto vuestro Tribunal ha sostenido que:

*"(...) cuando el artículo 59.º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una **libertad de decisión no sólo para crear empresas** (libertad de fundación de una empresa) **y, por tanto, para actuar en el mercado** (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.*

*En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la **libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad**; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa"²⁴.*

En el mismo sentido, la doctrina señala que la libertad empresarial cuenta con tres manifestaciones: la libertad de inversión, la libertad de organización y la libertad de contratación.

"La libertad de inversión indica el derecho que posee el propietario de una capital para colocarlo en el sector e industria que estime conveniente. La inversión puede suponer

²¹ "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 públicas. El Estado brinda oportunidades de superación de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades".

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 03116-2009-AA/TC, de fecha 10 de agosto de 2009. Fundamento Jurídico 9.

la creación de una nueva empresa o bien la ampliación del capital de otra preexistente²⁵."

- 3. ~~La NORMA CUESTIONADA afecta de manera manifiesta los derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa, toda vez que establece una prohibición absoluta de contar con establecimientos exclusivos para fumadores, sin que exista una razón objetiva de por medio.~~ Además, la NORMA CUESTIONADA constituye una barrera de acceso que limita el derecho a la libertad de empresa.

~~Si la finalidad es proteger los derechos de los no fumadores y de los trabajadores bastaría con imponer una medida que garantice sus derechos~~—como ya lo hacía la norma al permitir la existencia de áreas para fumadores especialmente acondicionadas, tomando como referencia el Reglamento sobre Valores Límite Permisibles para Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo— sin prohibir la creación de éste tipo de lugares sólo para personas fumadoras, por el contrario se opta por la alternativa más restrictiva de los derechos de los fumadores, siendo por ende inconstitucional.

VII. LA NORMA CUESTIONADA NO RESPETA LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD: ES NECESARIO QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERVENGA EFECTUANDO UNA ADECUADA PONDERACIÓN CON EL DERECHO A LA SALUD

- 1. Como hemos visto, la NORMA CUESTIONADA introdujo una prohibición absoluta para fumar en todos los espacios públicos cerrados del país, así como en las áreas abiertas de los centros educativos. Para determinar la validez de dicha norma debe efectuarse un ejercicio de interpretación constitucional a fin de evaluar si la ingerencia del legislador en los derechos de las personas constituye una intromisión arbitraria.
- 2. En estos casos ~~para resolver el conflicto que se presenta entre los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, libre iniciativa privada y libertad de empresa, y el derecho a la salud de los no fumadores,~~ es preciso llevar a cabo un juicio de ponderación, que también suele denominarse "razonabilidad,

²⁵ JUAN ASENJO, Oscar de, "La Constitución Económica española", Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 154.

*proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad*²⁸. Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español en la STC N° 53/1985, en supuestos de esta naturaleza, "el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos"²⁹.

3. Así, resulta indispensable acudir a los criterios de interpretación utilizados por vuestro Tribunal Constitucional, el cual acogiendo lo desarrollado por otros tribunales similares y la doctrina, se refiere al "test de razonabilidad" señalando que contiene tres subprincipios: idoneidad o adecuación; necesidad; y proporcionalidad *strictu sensu* (Exp. N° 0048-2004-PI/TC, F.J. 65). Por la relevancia del tema citamos lo expuesto por el Tribunal en la mencionada sentencia:

"1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación. (...) toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. (...), este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. Subprincipio de necesidad. (...) una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. (...), para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental".

4. El test de proporcionalidad resulta secuencial; por lo que, la desaprobación de unos de los subprincipios hace innecesaria la verificación del subsiguiente, con

²⁸ PRIETO SANCHÍS Luis, "El juicio de ponderación constitucional", en p. CARBONELL Miguel y Pedro P. Grández Castro (Coordinadores), "El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo", Lima: Palestra, Cuadernos de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional 8, 2010, p. 93.

²⁹ Cit. por PRIETO SANCHÍS Luis, Ob. Cit., p.96.

la consecuente comprobación de la existencia de un vicio de validez en la norma. Sobre este tema, señala la doctrina que:

"En primer lugar el Tribunal Constitucional verifica si la norma legal que interviene en el derecho fundamental es idónea. En caso de no serlo debe declararla inconstitucional. Si por el contrario, la norma legal supera las exigencias de este primer subprincipio, debe ser sometida al análisis de necesidad y, si sale airosa, finalmente al escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la norma legal no supere las exigencias de estos últimos subprincipios también debe ser declarada inconstitucional³⁰".

VII.1 La NORMA CUESTIONADA no supera el subprincipio de idoneidad

- 5. Como es de vuestro conocimiento, el subprincipio de idoneidad *"consiste en un análisis acerca de la capacidad que tiene el medio escogido por el Parlamento para fomentar su finalidad; es un análisis de la relación entre medio legislativo y su fin, en la cual, el medio legislativo permite facilitar la obtención del fin y el fin, por su parte ofrece una fundamentación al medio. Para emprender este análisis de idoneidad resulta indispensable establecer de antemano cuál es el fin que la ley pretende favorecer y corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo³¹".*

En el mismo sentido, vuestro Tribunal ha sostenido que el criterio de *"(...) idoneidad, comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél³²".*

- 6. Como hemos visto en el punto IV.1 de la presente demanda, la NORMA CUESTIONADA se ha tratado de justificar bajo la premisa que la norma anterior era insuficiente; que la reforma aprobada es la única medida efectiva para proteger la salud de las personas no fumadoras y del personal que atiende (por ejemplo, los trabajadores); que es la única forma de eliminar los tóxicos y evitar la contaminación causada por el humo del tabaco; y que además ella se adecua

³⁰ BERNAL PULIDO Carlos, "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales", Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 686.

³¹ BERNAL PULIDO Carlos, Ob. Cit., p. 688.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 0850-2008-AA/TC, de fecha 24 de setiembre de 2008. Fundamento Jurídico 22.

a lo previsto por el artículo 8° del "Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco".

Sin embargo, resaltamos que no todas las razones que motivan la NORMA CUESTIONADA constituyen fines constitucionalmente legítimos. En principio, resaltamos que ~~la NORMA CUESTIONADA no puede tener como finalidad la eliminación de los tóxicos del tabaco, en tanto que el consumo de tóxicos sociales como lo es el tabaco, se encuentra expresamente permitido por el artículo 8° de nuestra Constitución Política~~. Así las cosas, la finalidad de la NORMA CUESTIONADA no puede ser una que contravenga lo expresamente dispuesto por la Constitución. De igual modo, tampoco puede justificarse la NORMA CUESTIONADA en el cumplimiento del "Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco", ello porque al ostentar rango legal, el referido Convenio debe ajustarse a lo establecido por la Constitución, la que permite el consumo del tabaco. En el mismo sentido, el mismo Convenio establece su adecuación a la legislación nacional. Pero, más aún, porque ~~el referido Convenio no establece una prohibición de fumar, o impone la obligación de los Estados parte de establecer una política 100% libre de humo, sino que tan solo establece la obligación del Estado de adoptar medidas que permitan reducir el consumo y la exposición al humo del tabaco~~.

En tal sentido, tenemos que ~~el fundamento central de la NORMA CUESTIONADA es proteger el derecho a la salud de los no fumadores, reconocido por el artículo 7° de la Constitución~~²⁷.

También reduce el consumo, pero prohibiendo sin discriminando.

- 7. A modo de ejemplo, podemos afirmar que la anterior redacción del artículo 3° de la Ley N° 28705 podía considerarse coherente con el objetivo de proteger a los no fumadores de la exposición al humo del tabaco, protegiendo de esta manera su derecho a la salud. Ello porque la referida norma permitía la existencia de áreas de fumadores en espacios públicos cerrados, siempre que éstas se encuentren debidamente separadas de las áreas donde se prohíbe fumar. Así, se estableció un equilibrio razonable que permitía a las personas no fumadoras protegerse de la exposición del humo del tabaco, protegiendo su

²⁷ PRIETO SANCHÍS Luis, "El juicio de ponderación constitucional", en p. CARBONELL Miguel y Pedro P. Grández Castro (Coordinadores), "El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo", Lima: Palestra, Cuadernos de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional 8, 2010, p. 93.

derecho a la salud; sin establecer una prohibición absoluta de fumar en todo tipo de establecimientos comerciales.

- 8. No obstante, **la NORMA CUESTIONADA establece una PROHIBICIÓN ABSOLUTA, que impide la existencia de locales exclusivos para fumadores donde únicamente trabaje personal fumador. Además, establece una prohibición absoluta a las personas adultas para fumar en áreas abiertas de los centros educativos.**

Esta no constituye una medida idónea para garantizar el derecho a la salud de los no fumadores. Ello porque lo que discutimos es la posibilidad de existencia de locales exclusivamente para fumadores, donde labore personal que fume, por lo que los no fumadores no se encontrarían expuestos al humo del tabaco.

Asimismo, **no resulta idóneo para proteger el derecho a la salud de los no fumadores, la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos (para personas adultas), puesto que en dicho supuesto, al encontrarse al aire libre, los no fumadores no se encuentran expuestos al humo del tabaco,** y por tanto su derecho a la salud no se encuentra comprometido.

Así las cosas, resulta evidente que la NORMA CUESTIONADA no resulta idónea para proteger el derecho a la salud de los no fumadores.

VII.2 La NORMA CUESTIONADA no supera el subprincipio de necesidad

- 9. Pese a que la medida prohibitiva no resulta idónea, seguiremos aplicando el test para determinar que ella tampoco resulta necesaria. Siguiendo al Tribunal Constitucional el "(...) subcriterio de necesidad, impone adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental. Una medida será innecesaria o no satisfecerá este segundo subcriterio cuando la adopción de un determinado medio significa, o

importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado³³.

- 10. Como hemos visto, coincidimos con una medida que garantice la no exposición al humo del tabaco para los no fumadores. Sin embargo, la NORMA CUESTIONADA lleva esto al extremo prohibiendo inclusive la existencia de espacios exclusivamente para fumadores; y prohibiendo el consumo de tabaco en determinadas áreas al aire libre.
- 11. Como hemos visto, una de las razones que se han utilizado para justificar la NORMA CUESTIONADA es que el artículo 3º original de la Ley Nº 28705 resultaba insuficiente. Sin embargo, ello no es cierto; por el contrario, consideramos que la legislación anterior constituye una medida idónea, menos restrictiva de los derechos de los fumadores.

En efecto, lo dispuesto por el artículo 3º original de la Ley Nº 28705, complementada con lo dispuesto por el Decreto Supremo Nº 001-2010-SA constituye una medida idónea para la protección del derecho fundamental a la salud de los no fumadores; que restringe en menor medida el derecho a la libertad de quienes han optado por el consumo del tabaco, y los derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa de quienes han optado por desarrollar actividades económicas dirigidas a los fumadores. Ello porque, permitía el consumo de tabaco en espacios abiertos, y en espacios públicos cerrados de manera restringida. Para este último caso, establecía que el 90% del establecimiento debía ser completamente libre de tabaco. Sin embargo, permitía acondicionar un área no mayor del 10% del local, para fumadores, la cual debía encontrarse separada del área de no fumadores, y contar mecanismos adecuados de ventilación y extracción del humo, los que impedían la contaminación del área de no fumadores y de los locales adyacentes. Además, el área de fumadores debía encontrarse dentro de los valores máximos permisibles para sustancias tóxicas.

A propósito de ello resaltamos que no es cierto que lo dispuesto por la legislación anterior haya sido insuficiente para proteger el derecho a la salud de

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 0850-2008-AA/TC, de fecha 24 de setiembre de 2008. Fundamento Jurídico 22.

los no fumadores. Lo cierto es que la regulación de las áreas de fumadores ha sido modificada continuamente, lo que no ha permitido evaluar el impacto de la regulación, o llevar a cabo una verdadera fiscalización de su cumplimiento por parte del Estado.

En efecto, si bien el artículo 3º original de la Ley N° 28705 establecía la posibilidad de consignar áreas designadas para fumadores en los locales, éstas eran reguladas mediante Decreto Supremo. Así, mediante Decreto Supremo N° 015-2008-SA de julio de 2008, se estableció la posibilidad de contar con áreas del 20% para fumadores, y su adecuación se dispuso para enero de 2009. Tan solo un año después, en enero de 2010, se publicó el Decreto Supremo N° 001-2010-SA que redujo al 10% los espacios para fumadores, estableciendo mayores restricciones (referidas a extractores de humo, etc.). Y tan solo cuatro meses después, en abril de 2010 se publicó la Ley N° 29517 que prohibió los espacios públicos cerrados, declarando todos los espacios 100% libres de humo. Es decir que, tan solo hubo cuatro meses para evaluar la idoneidad de la medida dispuesta por el artículo 3º original de la Ley N° 28705, reglamentada mediante Decreto Supremo N° 001-2010-SA; por lo que no puede argumentarse que dicha medida no resultaba suficiente.

Asimismo, destacamos que en dicho periodo de tiempo el Estado no ha realizado los esfuerzos necesarios para que se cumplan las medidas establecidas; ejerciendo sus facultades de fiscalización. De esta manera, restringir el marco regulatorio únicamente porque las municipalidades no han fiscalizado su cumplimiento sería hacer responsable a los administrados por las limitaciones de la administración, afectándose con ello los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, libre iniciativa privada y libertad de empresa.

- 12. En vez de plantear prohibiciones legales absolutas, que además en la práctica no suelen ser eficaces, resulta mucho más acertado fortalecer los mecanismos e instituciones encargadas de la vigilancia y cumplimiento de la Ley. ~~tal vez se pueda pensar que la lógica detrás de la actual redacción del artículo 3º de la Ley parte de un problema de fiscalización de parte de las autoridades. Ello, toda vez que la norma anterior implicaba la obligación de monitorear el cumplimiento de medidas de control del humo o provisión del espacio designado para los fumadores. Al final del día lo único que se logra haciendo prohibitiva la~~

El Estado no tiene que responder en una condena q' no está obligada a cumplir

regulación es generar informalidad, lo que afecta tanto a fumadores como no fumadores.

Las consecuencias del problema en la fiscalización se trasladan a los administrados (en este caso a los fumadores), a quienes se restringen sus derechos de forma desproporcionada con una regulación prohibitiva. Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC 00850-2008-AA/TC, refiriéndose a la regulación del consumo de bebidas alcohólicas (otro de los denominados tóxicos sociales):

~~"10. (...) no obstante la libertad ciudadana de elegir que productos consumir y en que cantidad, es evidente que no puede dejarse de lado los serios fenómenos sociales que se generan o se profundizan, o se agravan por el consumo excesivo de bebidas alcohólicas por parte de aquellas personas que no asumen con responsabilidad la ingesta de estas o que padecen de dolencias psíquicas que les impide tener un control adecuado de su consumo.~~

~~"11. No se trata tampoco de imponer concepciones morales o religiosas a fin de prohibir absolutamente la venta o el consumo de bebidas alcohólicas, sino de equilibrar la autonomía de la libertad y el bienestar general. Como ya lo expresó este Tribunal, la Constitución no es una predicación moral ni una enseñanza pastoral; por ello, no puede plantearse al menos directamente, la tarea de hacer felices a los seres humanos ni el de hacerlos buenos. Su principal cometido es el de encarnar el consenso jurídico-político alcanzado y ser por ello garantía de paz y libertad" [0042/2005-AI/TC, fundamento 25].~~

En consecuencia, una regulación sobre esta materia debe garantizar un equilibrio razonable entre el derecho a la salud de las personas y otros derechos fundamentales como son la autonomía de la voluntad, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de empresa.

- 13. Pero además, existen otras medidas menos restrictivas que el legislador pudo aplicar, como permitir la creación de establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador. Es decir, permitir el funcionamiento de establecimientos públicos cerrados (como bares, cafés o discotecas) exclusivos para fumadores, los que podrían existir sin afectar o restringir los derechos fundamentales de las personas no fumadoras.
- 13. Asimismo, resaltamos que en el caso de los trabajadores de los establecimientos exclusivos para fumadores, el Estado podría contar con una

legislación que regule dicha actividad considerándola como una actividad de riesgo. En la actualidad, la cuarta disposición final del Decreto Supremo N° 003-98-SA, que aprueba las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, considera la elaboración de productos de tabaco como una actividad comprendida en el seguro complementario de trabajo de riesgo, esa figura podría extenderse también para quienes trabajan en locales donde se comercializa y consume tabaco, recibiendo una regulación especial por parte del Estado. Dicha regulación respetaría los derechos laborales y el derecho a la salud de los trabajadores y resultaría menos restrictiva que la prohibición absoluta, garantizando los principios de proporcionalidad y razonabilidad. El Estado, por tanto, en vez de introducir una prohibición absoluta, que resulta inconstitucional, debería adoptar otras medidas menos gravosas como, por ejemplo, la de aprobar una legislación que regule la situación de este tipo de trabajadores.

- 14. Por otro lado, respecto la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos tampoco resulta necesaria, siendo posible adoptar medidas menos restrictivas, como por ejemplo prohibir el consumo de tabaco en los centros educativos únicamente cuando en estos acudan menores de edad o únicamente en los espacios cerrados. En definitiva, una prohibición para ser legítima debe tomar en cuenta este tipo de excepciones.
- 15. Por último, una alternativa que resultaría idónea para los objetivos de salud del Estado, sería la creación de programas y campañas educativas sobre los riesgos del consumo de tabaco, que sean dictados en los centros educativos a nivel nacional. Esto permitiría que los menores reciban la información necesaria a temprana edad, y cuenten con los elementos necesarios para tomar una decisión adecuada, reduciendo los problemas de fiscalización del Estado y el consumo de tabaco (fin público buscado).
- 16. **Una prohibición absoluta como la establecida por la NORMA QUESTIONADA no genera un estado superior de protección a los no fumadores, por el contrario, restringe innecesariamente el derecho de los fumadores, lo cual no puede mantenerse en el ordenamiento por ser contrario a la Constitución. Como hemos visto, existen diversas alternativas distintas y menos restrictivas de las dispuestas por la NORMA QUESTIONADA, por lo que esta tampoco se ajusta al subprincipio de necesidad.**

VII.3 La NORMA CUESTIONADA no supera el subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*

- 17. Pese a que la medida prohibitiva no resulta idónea, ni necesaria, seguiremos aplicando el *test* para determinar que ella tampoco resulta proporcional.
- 18. En efecto, se trata de una medida desproporcional, toda vez que, bajo el argumento de proteger el derecho a la salud de los no fumadores, el Estado ha establecido una prohibición absoluta a los fumadores de reunirse en locales exclusivos para fumadores.

~~Si el consumo de tabaco en establecimientos exclusivamente para fumadores (donde trabaje personal fumador) no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores pues tales personas no acudirían a dichos lugares, no es razonable que se prohíba.~~ Sino existe afectación, lo único que justificaría la prohibición sería la intolerancia a los fumadores y al ejercicio de sus derechos, situación que debe ser evitada por el Tribunal Constitucional.

✓ con manifestación de lo irrazonable

- 19. Pero además, una manifestación de lo irrazonable resulta la prohibición absoluta establecida por la NORMA CUESTIONADA de no fumar en las áreas abiertas de los centros educativos (públicos o privados) para adultos. En efecto, esta generalidad resulta poco razonable para establecimientos estatales o privados dedicados a la educación de adultos —descartando evidentemente a los colegios— como universidades, escuelas de postgrado o institutos superiores que cuenten con amplios espacios abiertos (parques, jardines, etc.), en los que se pueda consumir tabaco sin afectar los derechos de los no fumadores. ~~Prohibir el consumo de tabaco en este tipo de establecimientos no hace más que discriminar a los fumadores, mostrando intolerancia hacia su elección de consumo, hacia el ejercicio de su libertad de elección.~~

- 20. Debe quedar claro que si bien en principio resulta razonable como regla general prohibir que se pueda fumar en establecimientos privados o estatales dedicados a la educación, realizar la misma prohibición para aquellos establecimiento de educación para adultos, que cuenten con amplios espacios abiertos como

centros de postgrado, universidades, resulta desproporcionado, y no hace más que atentar contra los derechos de los fumadores.

21. En la actualidad, existen casos concretos donde podemos apreciar las consecuencias desproporcionadas a la que conduce la prohibición total de fumar en establecimiento privados o estatales dedicados a la educación que cuentan con espacios abiertos amplios, esto es con una infraestructura que permitiría a los estudiantes y el personal consumir tabaco sin afectar los derechos de terceros. Así por ejemplo, la Pontificia Universidad Católica del Perú, aplicando lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley N° 28705, ha establecido, en la Sesión del 14 de julio de 2010 de su Consejo Universitario, la prohibición del consumo de tabaco en sus instalaciones, pese a contar con un campus con espacios abiertos amplios en los que se podría consumir tabaco sin afectar a terceros.

22. Otro caso es el de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), que, para cumplir con la norma, ha establecido en el numeral 1.1.4 de su Reglamento de Disciplina la prohibición de fumar dentro de esta universidad calificándola como una "falta grave", aún tratándose de espacios abiertos. En efecto, dicho Reglamento dispone:

"1. FALTAS

1.1 Constituye ~~falta grave~~ el desconocimiento o la violación de los valores de la Universidad que se indican a continuación:(...)

1.1.4 El respeto a la ley

Son faltas contra este valor:

- a. Recibir condena judicial por delito doloso.
- b. Pertenecer a agrupaciones ilegales.

c. ~~Fumar en las áreas abiertas y cerradas del recinto universitario~~ (...)

1.2 Se considera falta grave tanto la realización efectiva de las conductas mencionadas en este capítulo como el intento de realizarlas. Así mismo, cometen falta tanto los autores directos de dichas conductas, como sus cómplices y quienes omitan la obligación de denunciarlos oportunamente".

Como puede apreciarse, una prohibición absoluta, termina contribuyendo a incrementar excesos que permiten la imposición de sanciones a las personas que fuman o han intentado fumar al interior de la citada universidad, los cuales incluso llegan a extenderse a las personas que no denuncien a quienes incumplen con tales disposiciones.

Si el consumo de tabaco en espacios abiertos dentro de locales dedicados a la educación adulta como universidades, institutos o escuelas de postgrado, no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores, no es razonable que se prohíba. Sino existe afectación, lo único que justificaría la prohibición sería la intolerancia a los fumadores y al ejercicio de sus derechos, situación que debe ser evitada por el Tribunal Constitucional.

Más aún consideramos que si el Tribunal Constitucional lo estima oportuno se pueda pronunciar sobre la validez de las prohibiciones establecidas en los reglamentos internos de las mencionadas universidades en la medida que derivan de lo dispuesto en la norma objeto de la presente demanda.

- 14. Además, debe tomarse en cuenta que el consumo del tabaco no es ilegal en nuestro país. Como ya hemos mencionado, el artículo 8° de la Constitución autoriza al Estado "regular" —nunca prohibir— su uso. Por tanto, las medidas que se adopten no pueden restringir su consumo de manera desproporcionada. En esta materia es indispensable, reiteramos, encontrar un equilibrio razonable entre el legítimo respeto al derecho a la salud de las personas —por ejemplo, de los no fumadores— frente al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de empresa.
- 15. Finalmente, prohibiendo el consumo de tabaco en lugares exclusivamente para fumadores, de acceso público o restringido, se está promoviendo de forma indirecta que aumente el consumo en los hogares de los fumadores, único espacio que les quedara para su consumo. En este contexto, ¿quién va a proteger al resto de los habitantes del hogar de la exposición al humo del tabaco? Los niños y niñas de padres o hermanos que fuman recibirán de forma directa el humo que se emana al consumirlo. Peor aun, es lógico suponer que un niño o niña que ve a sus padres o hermanos fumar, tendrá más posibilidades de convertirse en fumador, por imitación del modelo. En suma, se logra todo lo contrario a lo buscado, se aumenta la exposición de los menores de edad al humo de tabaco y se incentiva su consumo.

Al parecer el legislador no se ha percatado que el domicilio no es el lugar más adecuado para consumir tabaco, para ello deben existir establecimientos privados de acceso público o restringido exclusivos para fumadores, con mecanismos de extracción que mantengan los contaminantes por debajo de

los límites máximos permisibles para centros de trabajo —que se encuentran aprobados por el Ministerio de Salud—; protegiendo de esta forma a los menores y a los no fumadores, sin limitar innecesariamente los derechos de unos y otros.

POR TANTO: A usted señor Presidente del Tribunal Constitucional solicito admitir la presente demanda y en su momento declararla **FUNDADA**, y en consecuencia, inconstitucional el **artículo 3º de la Ley N° 28705 —Ley General para la Prevención y Control del los Riesgos del Consumo de Tabaco—, modificado por la Ley N° 29517, en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en todos los espacios públicos cerrados del país.** Además, **en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, a las personas adultas el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los centros educativos.**

PRIMER OTROSI DIGO: Que solicito se corra traslado de la presente demanda al Congreso de la República, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 107º del Código Procesal Constitucional³⁴.

SEGUNDO OTROSI DIGO: Que adjunto a la presente demanda los siguientes anexos:

ANEXO N° 1: Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N° 2928-2010-JNE, de fecha 26 de octubre de 2010 .

ANEXO N° 2: Copia del Documento Nacional de Identidad del representante, el señor Jaime Barco Roda.

ANEXO N° 3: Copia de la Ley N° 28705 —Ley General para la Prevención y Control del los Riesgos del Consumo de Tabaco; publicada el 06 de abril de 2006.

³⁴ **"Artículo 107.- Tramitación**
El auto admisorio concede a la parte demandada el plazo de treinta días para contestar la demanda. El Tribunal emplaza con la demanda:
1) Al Congreso o a la Comisión Permanente, en caso de que el Congreso no se encuentre en funciones, si se trata de Leyes y Reglamento del Congreso. (...)"

ANEXO N° 4: Copia de la Ley N° 29517 - Ley que Modifica la Ley N° 28705, Ley General Para la Prèvención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, Para Adecuarse al Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) Para el Control del Tabaco; publicada el 02 de abril de 2010.

ANEXO N° 5: Copia del Decreto Supremo N° 015-2008-SA - Aprueban Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco; publicado el 05 de julio de 2008.

ANEXO N° 6: Copia del Decreto Supremo N° 001-2010-SA - Se modifican artículos del Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA; publicado el 14 de enero de 2010.

ANEXO N° 7: Copia del Decreto Supremo N° 015-2005-SA, que aprueba el Reglamento sobre Valores Límite Permisibles para Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo, publicado el 06 de julio de 2005.

ANEXO N° 8: "Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco".

ANEXO N° 9: Copia de la Ley 19419 (Chile).

ANEXO N° 10: Copia de la Ley 28/2005 (España).

ANEXO N° 11: Copia de la Ley 825/95 (Paraguay).

ANEXO N° 12: Copia de la Ley General Control Tabaco (México).

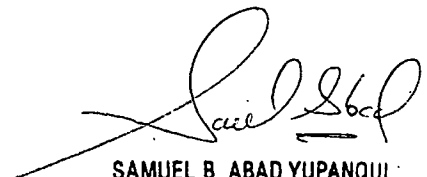
ANEXO N° 13: Reglamento de Disciplina de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

TERCER OTROSÍ DIGO: Que, de conformidad con el artículo 80° del Código Procesal Civil, supletoriamente aplicable al presente proceso, **DELEGAMOS** nuestra representación a los siguientes abogados: Dr. Samuel B. Abad Yupanqui, con Registro C.A.L. N° 13963; Dr. Jorge Elías Danós Ordóñez, con Registro C.A.L. N° 12447; y Dr. Javier de Belaunde L. de R., con Registro C.A.L. N° 5603; concediéndoles las facultades generales de representación contenidas en el artículo 74° del Código Procesal Civil. Para tal efecto, ratificamos la dirección indicada en el encabezado del presente escrito y declaramos estar instruidos de los alcances de la representación que otorgamos.

CUARTO OTROSÍ DIGO: Que, sin perjuicio de ello, **AUTORIZAMOS** a los señores Luis Wilder Gárgate Sánchez, identificado con DNI N° 32887456; José Rolando Donayre del Carmen, identificado con DNI N° 07374223, y Costanza Borea Rieckhof, con DNI N° 43454844, para que de manera conjunta o indistinta puedan realizar la lectura del expediente y realizar todo tipo de trámites en el presente proceso.

QUINTO OTROSI DIGO: Que, cumplo con acompañar copias suficientes de la presente demanda y de sus anexos para su entrega al Congreso de la República.

Lima, 30 de noviembre de 2010



SAMUEL B. ABAD YUPANQUI
ABOGADO
C.A.L. 13963
Estudio Echeopar



JAIME BARCO RODA



NOTIFICACIÓN N° 10966-2010-SG/JNE



EDV ESTEBAN HERRERA
 SECRETARIA GENERAL NOTIFICACIONES
 JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

Nro. Exp.: **J-2010-02506**

Destinatario: Jaime Ignacio Barco Roda
Dirección: CALLE SUCRE NRO. 183, Oficina N° 102 - Lima 18. Miraflores - Lima - Lima

EL PLENO DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES HA EXPEDIDO

Pronunciamiento Nro.: Resolución N° 002928-2010-JNE
Anexando lo siguiente: copia de resolución N°2928-2010-JNE
A fojas: 2

28 de Octubre de 2010

RECEPTOR

Lima..... de..... de.....	DNI
Nombre:	
Firma:	Hora:

NOTIFICADOR

Lima..... de..... de.....	DNI
Nombre:	
Firma:	

Bajo puerta	Fachada	Color
Encontrarse cerrado	Puerta	Pisos
Negarse a recibir	Suministro eléctrico	Parentesco

Nota: EL LLENADO DE ESTA NOTIFICACIÓN DEBE SER CON LETRA DE IMPRENTA.

40



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 2928-2010-JNE

EDWIN ESTEBAN HERRERA
SECRETARÍA GENERAL NOTIFICACIONES
JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

Expediente N° J-2010-2506

Lima, veintiséis de octubre de dos mil diez

VISTO el expediente sobre verificación de autenticidad de firmas de adherentes, promovido por Jaime Ignacio Barco Roda para iniciar un Proceso de Inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco.

I. ANTECEDENTES

Con fecha 1 de octubre de 2010, Jaime Ignacio Barco Roda, solicitó la verificación de autenticidad de firmas de adherentes para interponer Proceso de Inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco.

Mediante Oficio N° 7162-2010-SG/JNE, se envió la documentación pertinente al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec, para el respectivo cotejo.

En tal sentido, con el Oficio N° 1462-2010/SGEN/RENIEC, la Secretaría General del Reniec remitió el Certificado de Cotejo de Registro de Inscripción N° 066-2010-SGAE/GOR/RENIEC, detallando que la solicitud formulada alcanzó un total de cinco mil ochenta y cuatro (5084) registros válidos.

II. CONSIDERANDOS

1. De conformidad con el inciso 5 del artículo 203 de la Constitución Política del Perú, podrán interponer Proceso de Inconstitucionalidad cinco mil ciudadanos con firmas debidamente comprobadas.
2. Tal como se señaló en los antecedentes del presente, el Reniec ha certificado un total de cinco mil ochenta y cuatro (5084) registros válidos, cifra que supera el mínimo exigido de ciudadanos que se requiere para el fin solicitado.

Por tanto, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en uso de sus atribuciones,



Jurado Nacional de Elecciones
Resolución N° 2928-2010-JNE

RESUELVE

Artículo único.- Hacer de conocimiento al Tribunal Constitucional, así como de Jaime Ignacio Barco Roda, la certificación de cinco mil ochenta y cuatro (5084) registros válidos de adherentes, otorgada por el Reniec, en el trámite del Proceso de Inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco; a efectos de lo prescrito por el inciso 5 del artículo 203 de la Constitución Política del Perú.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

SS.

SIVINA HURTADO



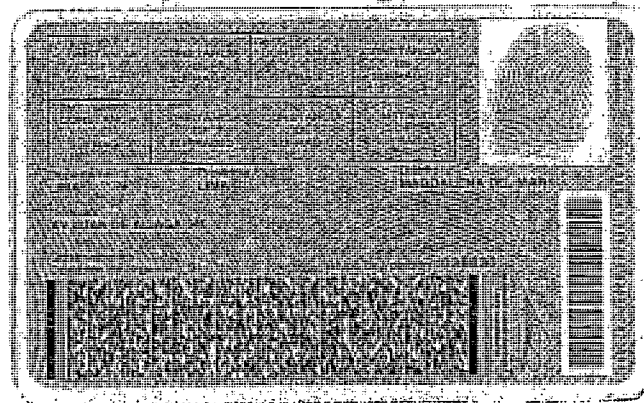
PEREIRA RIVAROLA

MINAYA CALLE

DE BRACAMONTE MEZA

VELARDE URDANIVIA

Bravo Basaldúa
Secretario General
olq



45

PODER LEGISLATIVO

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

LEY Nº 28705

PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EN CUANTO:

AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

hago la Ley siguiente:

LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO

58



Artículo 1º.- Del objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto establecer un marco normativo sobre las medidas que permitan:

proteger a la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, a fin de reducir dicho consumo y exposición de manera continua y substancial.

que los productos del tabaco sean comercializados de manera responsable, asegurando que su publicidad, promoción y comercialización esté dirigida solamente a mayores de edad, y que éstas sean coherentes con el principio de que el consumo de tabaco debe ser una opción sólo para adultos informados de los riesgos de su consumo.

Medidas para la reducción de la oferta ilegal de productos de tabaco en todo el territorio nacional.

Artículo 2º.- Del ámbito de aplicación

Las disposiciones contenidas en la presente Ley son de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas que consuman, fabriquen, comercialicen, importen, exporten o suministren productos de tabaco. Así como que presten servicios de publicidad, promoción o publicidad a la industria tabacalera.

TÍTULO II

DE LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON EL CONTROL DE TABACO

CAPÍTULO I

DE LA PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN

Artículo 3º.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

Prohíbese fumar en cualquier establecimiento dedicado a la salud o a la educación sean públicos o privados, en las dependencias públicas y en cualquier medio de transporte público.

En centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares y centros de entretenimiento, los propietarios y/o fumadores tendrán la opción de permitir el consumo de tabaco en áreas designadas para fumadores que en todos los casos deben estar separadas físicamente de las áreas donde se prohíbe fumar y deben contar con mecanismos que impidan el paso del humo hacia el resto del local y la extracción hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior.

La autoridad municipal será la encargada de hacer cumplir esta norma.

Artículo 4º.- De la obligatoriedad de un anuncio en los locales cerrados

En todos los establecimientos a los que se refiere el artículo 3º de la presente Ley, deben colocarse, en un lugar visible, carteles con la siguiente inscripción:

artículo 3º de la presente Ley, deben colocarse, en un lugar visible, carteles con la siguiente inscripción:

"ESTÁ PROHIBIDO FUMAR EN LUGARES PÚBLICOS COMO ÉSTE, SEGÚN LA LEY Nº ..."

"FUMAR ES DAÑINO PARA LA SALUD, EL HUMO DAÑA TAMBIÉN A LOS NO FUMADORES"

Las dimensiones y características de los carteles serán determinadas en el reglamento de la presente Ley.

Artículo 5º.- De la información y educación al público
El Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación implementarán dentro de sus respectivas competencias:

1. Programas educativos sobre los riesgos de enfermarse y morir que acarrea el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco, incluidas sus propiedades adictivas.
2. Programas de diagnóstico y tratamiento de la dependencia del tabaco.
3. Servicio de asesoramiento sobre el abandono del consumo de tabaco.
4. Suministrar apoyo para la educación de los padres en cuanto a cómo prevenir el tabaquismo en sus hijos, el impacto del humo de los demás en los niños y cómo protegerlos de la exposición del humo de los demás.

CAPÍTULO II

DEL EMPAQUETADO Y ETIQUETADO DE LOS PRODUCTOS DE TABACO

Artículo 6º.- De los paquetes, etiquetas, carteles y anuncios publicitarios

En los paquetes, etiquetas, carteles y anuncios publicitarios de los productos de tabaco no se pueden incluir mensajes ni imágenes que estén dirigidos a menores de edad y sugieran que el éxito y popularidad aumentan por el hecho de fumar.

Artículo 7º.- De las frases de advertencia e imágenes alusivas al daño a la salud

Las cajetillas de cigarrillos y en general toda clase de empaque o envoltura de productos de tabaco deben llevar impreso en un cincuenta por ciento (50%) de una de sus caras principales, frases e imágenes de advertencia sobre el daño a la salud que produce el fumar. Asimismo, deben llevar impresa dentro de la misma área y de manera permanente la frase:

"PROHIBIDA SU VENTA A MENORES DE 18 AÑOS"

Con excepción de los cigarrillos en todas sus presentaciones, los demás productos de tabaco podrán llevar las frases señaladas en el párrafo anterior impresas en etiquetas adheridas a su envoltura.

El reglamento de la presente Ley desarrollará las frases e imágenes de advertencia a que se refiere el presente artículo.

Artículo 8º.- De la prohibición de utilizar determinados términos

Prohíbese la impresión, en las etiquetas, publicidad, marcas, slogan y cualquier signo que acompañe al producto, de los términos: "ligero", "ultraligero", "suave", "supersuave", "light", "ultra light", sinónimos u otros signos.

Artículo 9º.- De la información adicional y del contenido de nicotina y alquitrán

Las cajetillas de cigarrillos, bolsas, empaques o envolturas de productos de tabaco que se expendan al consumidor final deben contener la fecha de vencimiento, contenido de nicotina, alquitrán, monóxido de carbono según las normas ISO, además de la información señalada en el artículo 3º de la Ley Nº 28405, Ley de Rotulado de Productos Industriales Manufacturados, en lo que fuera aplicable, en un área distinta a la usada para las frases de advertencia.

44

PROVINCIA DE MADRE DE DIOS

-CR/RMDD.- Actualizan...
regionales 31625
CR/RMDD.- Aprueban Escala...
misión de Servicio Oficial de...
ra los Funcionarios, Servidores...
io Regional 31625

PROVINCIA DE TACNA

R.TACNA.- Designan Direc...
icultura de Tacna 31625

PROVINCIA DE TACNA

PROVINCIA DE CARABAYLLO

DC.- Ratifican Acuerdo Nº...
teración mensual de alcalde...
31625

PROVINCIA DE JESÚS MARÍA

Modifican Ordenanza Nº...
Matrimonio Civil Comunitario...
31625
Establecen Beneficio Tributario...
les 2006 31625
Establecen Beneficio...
o de Resoluciones de Sanción...
31625

PROVINCIA DE LA MOLINA

Modifican el Reglamento...
de la Municipalidad 31625

PROVINCIA DE MARTÍN DE PORRES

1-2006.- Exoneran de proces...
de servicios de recolección...
de residuos sólidos, barridos...
s verdes 31625

PROVINCIA DE ILLA EL SALVADOR

3.- Declaran improcedente...
o de Concejo Nº 033-2004...
a favorablemente por la...
31625

S.- Aprueban Reglamento...
referente al Canje de...
mediante la Prestación de...
31625

PROVINCIA DE TACNA

PROVINCIA DE PISCO

Aprueban el Acuerdo Nº 015...
nstrucción del Colectivo...
y otras obras 31625

PROVINCIA DE TACNA

PROVINCIA DE TACNA

Aprueban Proyecto de Norma...
tivos especiales de...
servicio de telefonía...
31625

CAPÍTULO III

DE LA COMERCIALIZACIÓN

Artículo 10°.- De la obligatoriedad de fijar cartel en centros de comercialización

Toda persona natural o jurídica dedicada a la venta directa al consumidor de productos de tabaco debe fijar un cartel en un lugar visible de su local con la siguiente frase:

"EL CONSUMO DE TABACO ES
DAÑINO PARA LA SALUD

PROHIBIDA SU VENTA A
MENORES DE 18 AÑOS"

Las dimensiones y características del cartel serán determinadas en el reglamento de la presente Ley.

Artículo 11°.- De las prohibiciones de comercialización

Son las siguientes:

1. Prohíbese la venta directa o indirecta de productos de tabaco dentro de cualquier establecimiento dedicado a la salud o a la educación sean públicos o privados y de las dependencias públicas.
2. Prohíbese la venta de productos de tabaco a menores de 18 años.
3. Prohíbese la venta de productos de tabaco por menores de 18 años.
4. Prohíbese la venta de cigarrillos sin filtro.
5. Prohíbese la venta de paquetes de productos de tabaco que contengan menos de cinco (5) unidades.
6. Prohíbese la distribución gratuita promocional de productos de tabaco, excepto cuando en forma objetiva y verificable se pueda demostrar que el receptor es mayor de 18 años.
7. Prohíbese la promoción o distribución de juguetes que tengan forma o aludan a productos de tabaco que puedan resultar atractivos para menores de edad.

Artículo 12°.- Del suministro de máquinas expendedoras

La venta de productos de tabaco en máquinas expendedoras sólo se puede realizar en locales cuyo acceso está permitido sólo a mayores de 18 años.

CAPÍTULO IV

DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN
Y PATROCINIO DEL TABACO**Artículo 13°.- De los anuncios publicitarios**

Los anuncios publicitarios de productos de tabaco deben consignar las frases de advertencia a que se refiere el artículo 7°, las cuales deben ocupar un espacio del quince por ciento (15%) del espacio publicitario y variarse con una periodicidad de seis (6) meses.

Artículo 14°.- De la publicidad en medios gráficos

La publicidad de productos de tabaco en medios gráficos—diarios, revistas o similares—cuyo público objetivo son mayores de 18 años podrá efectuar publicidad de productos de tabaco. En ningún caso, la publicidad de productos de tabaco podrá ubicarse en la carátula o contracarátula de dichos medios gráficos.

Artículo 15°.- De la prohibición de patrocinar eventos o actividades

Prohíbese patrocinar con la marca de cualquier producto de tabaco un evento o actividad destinado a menores de edad.

Artículo 16°.- De las restricciones de la publicidad

Ningún anuncio publicitario de productos de tabaco podrá:

1. Estar dirigido a menores de edad.
2. Mostrar a una persona menor de edad.
3. Sugerir que la mayoría de personas son fumadores.

Artículo 17°.- De las prohibiciones de la publicidad
Prohíbese la publicidad directa o indirecta de productos de tabaco en:

1. Medios de comunicación de televisión de señal abierta, radio u otro medio similar.
2. Establecimientos dedicados a la salud o a la educación sean públicos o privados y en las dependencias públicas.
3. Publicidad exterior en los alrededores en un radio de 500 metros de centros educativos de cualquier nivel o naturaleza.
4. Actividades deportivas de cualquier tipo.
5. Exhibiciones, espectáculos y similares en los que esté permitido el ingreso de menores de 18 años.
6. Prendas de vestir.

TÍTULO III

DE LA VIGILANCIA Y APLICACIÓN
DE SANCIONES
CAPÍTULO IDE LAS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE LA
VIGILANCIA Y CUMPLIMIENTO DE LA LEY**Artículo 18°.- De la vigilancia y cumplimiento de la Ley**

Las municipalidades, el Ministerio de Salud, el INDECOPI y la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica en el ámbito de sus competencias realizarán las inspecciones necesarias que aseguren el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley.

Las infracciones a las disposiciones sobre publicidad y rotulado de productos de tabaco, contenidas en la presente Ley serán denunciadas ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y ante la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI respectivamente, de conformidad con la normatividad vigente.

Tratándose de productos importados, de manera previa a su nacionalización la SUNAT realizará las inspecciones que sean necesarias a fin de comprobar lo establecido en el Capítulo II del Título II de la presente Ley y aplicará las sanciones que fije el reglamento.

CAPÍTULO II

DE LA REGULACIÓN DE LAS SANCIONES

Artículo 19°.- De la regulación de sanciones por el Poder Ejecutivo

Facúltase al Poder Ejecutivo para que en el plazo de noventa (90) días naturales, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, dicte las normas reglamentarias que regulen además las sanciones administrativas a imponerse por inobservancia y/o incumplimiento de la presente Ley en lo que corresponda.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

PRIMERA.- De la adecuación de la publicidad

Los anunciantes publicitarios de productos de tabaco adecuarán su publicidad a lo dispuesto en la presente Ley, en el lapso de ciento ochenta (180) días naturales contados a partir de la expedición del reglamento correspondiente.

SEGUNDA.- De las máquinas expendedoras

Los propietarios de máquinas expendedoras de productos de tabaco se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley en un plazo de noventa (90) días naturales contados a partir de la vigencia de la presente Ley.

TERCERA.- Importaciones en trámite de productos de tabaco

Exceptuase de los alcances de la presente Ley a las importaciones que a la fecha de promulgación de la presente Ley se encuentren con órdenes de compra confirmadas en condiciones de embarque, en viaje o en trámite de internamiento al país.

CUARTA.- Áreas designadas para fumadores

Los locales que cuenten con áreas designadas para fumadores se adecuarán a lo establecido en la presente Ley en un plazo de ciento ochenta (180) días contados a partir de la vigencia de la presente Ley.

46

45

prohibiciones de la publicidad directa o indirecta de productos

nicación de televisión de otro medio similar.

s dedicados a la salud pública o privados y en sus instalaciones.

en los alrededores en los centros educativos de cualquier tipo.

ectáculos y similares en los ingresos de menores de 16 años.

TÍTULO III

DECLARACIÓN DE SANCIONES APÍTULO I

COMISIONES ENCARGADAS DEL CUMPLIMIENTO DE LA LEY

Comisión de Vigilancia y cumplimiento

El Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Lucha Antitabaco y las autoridades competentes realizarán las acciones que aseguren el cumplimiento de la presente Ley.

Las disposiciones sobre publicidad de tabaco, contenidas en la presente Ley, serán aplicadas por la Comisión de Represión de la Comisión de Protección al Consumidor (COPECO) respectivamente a la actividad vigente.

Los importadores, de manera conjunta con el INAT, realizará las inspecciones de comprobar lo establecido en la presente Ley y aplicará las sanciones correspondientes.

Los importadores, de manera conjunta con el INAT, realizará las inspecciones de comprobar lo establecido en la presente Ley y aplicará las sanciones correspondientes.

Los importadores, de manera conjunta con el INAT, realizará las inspecciones de comprobar lo establecido en la presente Ley y aplicará las sanciones correspondientes.

APÍTULO II

DECLARACIÓN DE LAS SANCIONES

Regulación de sanciones

El Poder Ejecutivo para que en el presente Decreto Supremo, se establezcan las normas reglamentarias y sanciones administrativas a imponerse en el cumplimiento de la presente Ley.

TRANSITORIAS Y FINALES

La adecuación de la publicidad de productos de tabaco a lo dispuesto en la presente Ley, será aplicable a partir del ochenta (80) días naturales de la expedición del reglamento.

Las máquinas expendedoras de cigarrillos y máquinas expendedoras de tabaco, deberán adecuarse a lo dispuesto en la presente Ley, dentro de un plazo de noventa (90) días naturales de la expedición de la presente Ley.

Las sanciones de la presente Ley, serán aplicables desde la fecha de promulgación de la presente Ley, salvo los órdenes de compra continuada y el transporte, en viaje o en trámite.

Las áreas designadas para fumadores, serán las que se establezcan en la presente Ley, dentro de un plazo de ochenta (80) días naturales de la expedición de la presente Ley.

QUINTA.- Adecuación de los empaques de productos de tabaco

Los productores, importadores y distribuidores de productos de tabaco deben adaptar sus cajetillas de cigarrillos y en general toda clase de empaque o envoltura de productos de tabaco a las disposiciones establecidas en la presente Ley en un plazo de ciento ochenta (180) días contados desde la vigencia de la presente Ley.

SEXTA.- Derogatoria

Deróganse las Leyes num. 25357, 26739, 26849 y 26957, y modifícanse todas las disposiciones legales que se opongan a la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los trece días del mes de marzo de dos mil seis.

MARCIAL AYAIPOMA ALVARADO
Presidente del Congreso de la República

FAUSTO ALVARADO DODERO
Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

No habiendo sido promulgada dentro del plazo constitucional por el señor Presidente de la República, en cumplimiento de los artículos 108° de la Constitución Política y 2346° del Reglamento del Congreso, ordeno que se publique en la Gaceta Oficial de la República.

En Lima, a los cinco días del mes de abril de dos mil seis.

MARCIAL AYAIPOMA ALVARADO
Presidente del Congreso de la República

FAUSTO ALVARADO DODERO
Primer Vicepresidente del Congreso de la República

06217

PODER EJECUTIVO

PCM

Declaran feriados no laborables a nivel nacional para los trabajadores del Sector Público durante el año 2006

DECRETO SUPREMO
N° 015-2006-PCM

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que es objetivo del Estado, estimular el desarrollo de la actividad turística, en especial del turismo interno, como instrumento dinamizador de las actividades económicas locales y como medio para contribuir con el desarrollo social del país;

Que asimismo, el Estado debe contribuir al desarrollo del proceso de identidad e integración nacional con la participación y el beneficio de la comunidad;

Que con tal objeto se establecieron durante los años 2004 y 2005, feriados no laborables, sujetos a horas de trabajo compensables, que permitan la creación de feriados propios para la práctica del turismo interno. De la implementación realizada a los resultados obtenidos con dichas medidas, se ha constatado la existencia de un incremento de los flujos turísticos internos durante los feriados largos, logrando así uno de los objetivos del Gobierno respecto de la promoción del turismo interno;

Que en virtud de lo expuesto, resulta conveniente declarar feriados no laborables, sujetos a horas de trabajo compensables durante el año 2006;

En uso de las facultades conferidas por el numeral 8) del artículo 118° de la Constitución Política del Estado;

DECRETA:

Artículo 1°.- Días no laborables en el Sector Público

Declárese feriados no laborables a nivel nacional, para los trabajadores del Sector Público, los días viernes 30 de junio, jueves 27 de julio y lunes 9 de octubre de 2006.

Para los fines tributarios, estos días serán considerados hábiles.

Artículo 2°.- Compensación de horas

Las horas dejadas de trabajar en los días declarados no laborables en el artículo precedente, serán compensadas en la semana posterior a la del día declarado no laborable, o de acuerdo a lo que establezca el titular de cada entidad pública, en función a sus propias necesidades.

Artículo 3°.- Supuesto de excepción

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes, los titulares de las entidades del Sector Público, adoptarán las medidas necesarias para garantizar la provisión de aquellos servicios que sean indispensables para la sociedad durante los días feriados señalados.

Artículo 4°.- Días no laborables en el Sector Privado

Los centros de trabajo del Sector Privado podrán acogerse a lo dispuesto en el presente Decreto Supremo, previo acuerdo entre el empleador y sus trabajadores, quienes deberán establecer la forma cómo se hará efectiva la recuperación de las horas dejadas de laborar, a falta de acuerdo decidirá el empleador.

Artículo 5°.- El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, y por el Ministro de Comercio Exterior y Turismo.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los cinco días del mes de abril de dos mil seis.

ALEJANDRO TOLEDO
Presidente Constitucional de la República

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD
Presidente del Consejo de Ministros

CARLOS ALMERÍ VERAMENDI
Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo

ALFREDO FERRERO
Ministro de Comercio Exterior y Turismo

06219

Otorgan facilidades para que los trabajadores que presten servicios en provincia distinta a la de sus lugares de votación, puedan ejercer su derecho a voto

DECRETO SUPREMO
N° 016-2006-PCM

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 31° de la Constitución Política del Perú consagra el derecho a voto de todos los ciudadanos en goce de su capacidad civil;

Que, es deber del Estado otorgar todas las facilidades para que el derecho al sufragio se ejercite en el marco de la legislación electoral establecida;

Que, mediante Decreto Supremo N° 096-2005-PCM, se ha convocado para Elecciones Generales el 9 de abril de 2006, para elección del Presidente de la

25
24

2

GOBIERNOS LOCALES

MUNICIPALIDAD DE BARRANCO

D.A. N° 002-2010-MDB.- Prorrogan fecha de vencimiento de pago de la primera cuota de arbitrios municipales del año 2010 416619

MUNICIPALIDAD DE CHACLACAYO

Ordenanza N° 207.- Otorgan Beneficio de condonación de intereses respecto de deudas tributarias correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009 416619

Ordenanza N° 208.- Fijan Tasa de Interés Moratorio aplicable a obligaciones tributarias que no sean pagadas dentro de los plazos establecidos 416620

MUNICIPALIDAD DE COMAS

Ordenanza N° 298-C/MC.- Modifican la Ordenanza N° 233-C/MC y aprueban Reglamento "Sinceramiento de pago de tributos en moneda nacional generado en la prestación del servicio por los propios contribuyentes, responsables solidarios o parientes autorizados" 416621

Ordenanza N° 299-C/MC.- Aprueban Ordenanza de Regularización de Edificaciones mediante Declaratoria de Fábrica 416623

Ordenanza N° 300-C/MC.- Establecen exoneración temporal de pago por expedición de constancias de posesión en beneficio de diversos asentamientos humanos 416625

MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES

Acuerdo N° 028-2010-MM.- Exoneran de proceso de selección la adquisición de inmueble que será destinado al funcionamiento de la Casa del Adulto Mayor 416627

MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE PORRES

R.A. N° 060-2010/MDSMP.- Aprueban planeamiento integral e independización de terreno rústico 416628

MUNICIPALIDAD DE SANTA ANITA

Ordenanza N° 00052/MDSA.- Crean el Centro Integral de Atención al Adulto Mayor 416629

D.A. N° 0002-2010/MDSA.- Convocan a la realización de Matrimonio Civil Comunitario en el distrito de Santa Anita 416630

PODER LEGISLATIVO

CONGRESO DE LA REPUBLICA

LEY N° 29517

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO

El Congreso de la República
Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA LA LEY NÚM. 28705, LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO, PARA ADECUARSE AL CONVENIO MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) PARA EL CONTROL DEL TABACO

Artículo 1°.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto modificar la Ley núm. 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, con la finalidad de proteger de la exposición al humo de tabaco y mejorar las advertencias sobre el daño a la salud que produce el fumar, en cumplimiento del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco.

Artículo 2°.- Modificatoria

Modifícanse los artículos 3°, 4°, 7° y 11° de la Ley núm. 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, los cuales quedan redactados de la siguiente manera:

"Artículo 3°.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

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

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

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

Artículo 4°.- De la obligatoriedad de un anuncio en lugares donde está prohibido fumar

En todos los establecimientos a los que se refiere el artículo 3°, deben colocarse, en un lugar visible, carteles con la siguiente inscripción:

"ESTÁ PROHIBIDO FUMAR EN LUGARES PÚBLICOS POR SER DAÑINO PARA LA SALUD"

"AMBIENTE 100% LIBRE DE HUMO DE TABACO"

Artículo 7°.- De las frases de advertencia e imágenes alusivas al daño a la salud

7.1 Las cajetillas de cigarrillos y en general toda clase de empaque o envoltura de productos de tabaco deben llevar impresas, en un cincuenta por ciento (50%) de cada una de sus caras principales, frases e imágenes de advertencia sobre el daño a la salud que produce el fumar. Asimismo, deben llevar impresa dentro de la misma área y de manera permanente la frase:

"PROHIBIDA SU VENTA A MENORES DE 18 AÑOS"

7.2 Con excepción de los cigarrillos en todas sus presentaciones, los demás productos de tabaco pueden llevar las frases señaladas en el párrafo 7.1 impresas en etiquetas adheridas a su envoltura.

7.3 El reglamento de la presente Ley desarrolla las frases e imágenes de advertencia a que se refiere el presente artículo.

ueban Ordenanza de
ediante Declaratoria de
416623
en exoneración temporal
ancias de posesión en
humanos **416626**

IRRAFLORES

neran de proceso de
ble que será destinado
ulto Mayor **416627**

ARJUN DE POROS

prueban planeamiento
no rústico **416628**

ANITA ANITA

rean el Centro Integral
416629
o a la realización de
l distrito de Santa Anita
416630

abecimientos dedicados
n, en las dependencias
e los lugares de trabajo,
errados y en cualquier
i, los que son ambientes
umo de tabaco.
s o espacios públicos
abajo o de acceso al
cubierto por un techo
r, independientemente
el techo y de que la
o temporal.
establece las demás
interiores o espacios

dad de un anuncio en
imar
a los que se refiere el
n lugar visible, carteles

LUGARES PÚBLICOS
"A LA SALUD"

HUMO DE TABACO"

as de advertencia e
salud

y en general toda clase
de productos de tabaco
un cincuenta por ciento
sus caras principales,
retencia sobre el daño
umar. Asimismo, deben
la misma área y de
se:

IORES DE 18 AÑOS"

igarrillos en todas sus
is productos de tabaco
ñaladas en el párrafo 7.1
endias a su envoltura.
ente Ley desarrolla las
atención a que se refiere

Artículo 11°.- De las prohibiciones de comercialización
Son las siguientes:
(...)

5.- Prohíbese la venta de paquetes de productos de tabaco que contengan menos de diez (10) unidades".

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Adecuación de las empresas de productos de tabaco

Los productores, importadores y distribuidores de productos de tabaco deben adecuar sus cajetillas de cigarrillos y en general toda clase de empaque o envoltura de tabaco a las disposiciones establecidas en la presente Ley en un plazo de ciento ochenta (180) días, a partir de su entrada en vigencia.

SEGUNDA.- Adecuación de los establecimientos que hubieran efectuado inversiones

Los establecimientos que hubieran efectuado inversiones comprobables para adecuarse a lo previsto en el antiguo texto del artículo 3° de la Ley núm. 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, tienen un plazo de trescientos sesenta (360) días a partir de la publicación de la presente Ley para adecuarse a lo previsto en ella.

TERCERA.- Importaciones en trámite de productos de tabaco

Exceptuase de los alcances de la presente Ley las importaciones de los productos de tabaco que a la fecha de su publicación se encuentren con órdenes de compra confirmadas, en condiciones de embarque, en viaje o en trámite de internamiento al país, con una anticipación mayor a treinta (30) días.

DISPOSICIÓN FINAL

ÚNICA.- Normas reglamentarias

En un plazo de sesenta (60) días de publicada la presente Ley, el Poder Ejecutivo dicta las normas modificatorias del Reglamento de la Ley núm. 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco.

La falta de reglamentación de la presente Ley no será impedimento para su vigencia y exigibilidad.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los treintín días del mes de marzo de dos mil diez.

LUIS ALVA CASTRO
Presidente del Congreso de la República

MICHAEL URTECHO MEDINA
Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, al primer día del mes de abril del año dos mil diez.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

JAVIER VELASQUEZ QUESQUÉN
Presidente del Consejo de Ministros

476170-1

PODER EJECUTIVO

DEFENSA

Modifican los cargos de Oficiales Generales y Almirantes, nombrados en Misión Diplomática mediante R.S. N° 040-2009-DE y R.S. N° 533-2009-DE

RESOLUCIÓN SUPREMA N° 133-2010-DE

Lima, 1 de abril de 2010

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Suprema N° 040-2009-DE de fecha 28 de enero de 2009 se nombró en Misión Diplomática a Oficiales Generales, Almirantes y Oficiales Superiores del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea del Perú para que a órdenes del Ministerio de Relaciones Exteriores, desempeñen diversos cargos en el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2011;

Que, mediante Resolución Suprema N° 533-2009-DE de fecha 15 de diciembre de 2009, se nombró en Misión Diplomática a órdenes del Ministerio de Relaciones Exteriores a Oficiales Generales y Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas del Perú, para desempeñar cargos a partir del 1 de febrero de 2010 al 31 de enero de 2012;

Que, mediante Resolución Suprema N° 045-2010-DE de fecha 25 de enero de 2010 se modificaron los cargos de algunos oficiales nombrados en Misión Diplomática;

Que, por razones de interés nacional es necesario modificar los cargos, en atención a las funciones que desempeñarán los agregados en los Estados Unidos de América como Concurrentes en Canadá;

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 28359 - Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, el Decreto Supremo N° 028-2006-DE/SG de fecha 13 de diciembre de 2006;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Modificar a partir de la firma de la presente Resolución, los cargos de los siguientes Oficiales Generales y Almirantes, nombrados en Misión Diplomática mediante Resolución Suprema N° 040-2009-DE de fecha 28 de enero de 2009; y Resolución Suprema N° 533-2009-DE de fecha 15 de diciembre de 2009, de acuerdo al siguiente detalle:

CARGO	GRADO NOMBRES Y APELLIDOS
Agregado de Defensa y Militar a la Embajada del Perú en los Estados Unidos de América y concurrente en Canadá	General de Brigada Pedro Rómulo Buleje Buleje
Agregado de Defensa Adjunto y Aéreo a la Embajada del Perú en los Estados Unidos de América y concurrente en Canadá	Mayor General FAP Pedro Eugenio Gracey Aráoz
Agregado de Defensa Adjunto y Naval a la Embajada del Perú en los Estados Unidos de América y concurrente en Canadá	Contralmirante Mauro Daniel Pelayo Cacho de Armero

Artículo 2°.- El Ejército del Perú, Marina de Guerra del Perú y Fuerza Aérea del Perú, asumirán sin demandar mayores incrementos a su presupuesto asignado para el Año Fiscal 2010, los gastos que demande el cumplimiento de los nuevos cargos.

Artículo 3°.- La presente Resolución Suprema será refrendada por el Ministro de Defensa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

RAFAEL REY REY
Ministro de Defensa

476170-3

que demande el cumplimiento o precedente serán con cargo a Recursos Ordinarios, Funcionograma 0118, Actividad 00624, 0565, Genérica 4 Otros Gastos del Presupuesto del Ministerio responsable al Ejercicio 2008 en moneda nacional según el cambio vigente a la fecha de...

se y publíquese.

al de la República

LA BELAUNDE
Exteriores

Funcionario y de
del Ministerio y de
par en trabajos de
tos en la frontera

N MINISTERIAL
-2008-RE

on lo acordado durante la Comisión Mixta Permanente de COMPEFEP, celebrada en la del Ecuador, en noviembre de bajos relativos a la reposición Capones hacia el oriente, a lo niella y sus contribuyentes; los acuerdos de la III Reunión ebrada en la ciudad de Lima, en e ha coordinado con el gobierno i cronograma de trabajo para las en la línea de frontera; e Trámite (GAC) N° 1584, de abinete de Coordinación del ral de Relaciones Exteriores; supuesto para dichos trabajos oriana; rrama de trabajo mencionado de 2008, se llevaron a cabo o hitos de referencia ió, occidental, en la zona Capones y Los Esteros; on el referido cronograma de con el Ecuador la realización e hitos en el mismo sector y ida entre los Hitos José María

de los citados trabajos es rso de personal especializado nal (IGN); enio Interinstitucional suscito e el Ministerio de Relaciones ráfico Nacional (IGN), se ha cio N° 952-2008-IGN/DGG/ i, a dos técnicos del Instituto ientras duren los trabajos de a de frontera en mención; sición de hitos aludidos serán de julio de 2008; dos por dichos trabajos de espuestados; l Memorándum (DSL) N° de 2008, de la Dirección tes; a Disposición Complementaria el Servicio Diplomático de la 19° del Reglamento de la Ley República, aprobado mediante 3-RE; en concordancia con el

Artículo 8° del Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM; el inciso m) del artículo 5° del Decreto Ley N° 26112, Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores; la Ley N° 27619, que regula la autorización de viajes al exterior de funcionarios y servidores públicos; su modificatoria la Ley N° 28807, que establece que los viajes oficiales al exterior de funcionarios y servidores públicos se realicen en clase económica; su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 047-2002-PCM; el Decreto Supremo N° 181-2002-PCM, que reajusta los viáticos por viajes dentro del territorio nacional; y el numeral 8.2 del artículo 8° de la Ley N° 29142, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2008.

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Autorizar el viaje a las ciudades de Tumbes, en la República del Perú, y de Huaquillas, en la República del Ecuador, del funcionario diplomático y del personal técnico del Ministerio de Relaciones Exteriores, así como del personal técnico del Instituto Geográfico Nacional que participarán en los trabajos de reposición de hitos en el primer sector, sección occidental, de la frontera peruano-ecuatoriana, en las fechas que se indican a continuación:

Por el Ministerio de Relaciones Exteriores:

Tercer Secretario en el Servicio Diplomático de la República Sergio Oliver Valencia Cano, funcionario de la Dirección Nacional de Soberanía y Límites, del 06 al 09 de julio de 2008;

Ingeniero Gaudens Ángel Gózar Manyari, funcionario técnico del Departamento de Cartografía de la Dirección de Límites, del 06 al 21 de julio de 2008; y,

Geógrafo Juan Meléndez de la Cruz, funcionario técnico del Departamento de Cartografía de la Dirección de Límites, del 06 al 21 de julio de 2008.

Por el Instituto Geográfico Nacional (IGN):

Técnico de segunda Orlando Jacinto Tito Falcón, Auxiliar Cartográfico, del 06 al 21 de julio de 2008; y,

Señor Celestino Zacarías Poma, empleado civil, STA, del 06 al 21 de julio de 2008.

Artículo Segundo.- Los gastos que irrogue el cumplimiento de la presente Resolución, serán cubiertos por el Pliego Presupuestal del Ministerio de Relaciones Exteriores, Meta: 33689 - Ejercicio de la Soberanía Marítima, Aérea y Mantenimiento, Reposición y Densificación de Hitos Fronterizos, debiéndose rendir cuenta documentada en un plazo no mayor de quince (15) días al término de los mencionados trabajos, de acuerdo con el siguiente detalle:

Por el viaje dentro del territorio nacional:

Nombres y Apellidos	Pasaje Aéreo US\$	Pasaje terrestre S/. (*)	Viáticos por día S/.	Número de días	Total viáticos S/.	Tarifa aeropuerto S/.
Sergio Oliver Valencia Cano	297.50	100.00	115.50	02	231.00	28.37
Gaudens Ángel Gózar Manyari	304.64	100.00	115.50	08	924.00	28.37
Juan Meléndez de la Cruz	304.64	100.00	115.50	08	924.00	28.37
Orlando Jacinto Tito Falcón	304.64	100.00	115.50	08	924.00	28.37
Celestino Zacarías Poma	304.64	100.00	115.50	08	924.00	28.37

Por el viaje a la ciudad de Huaquillas:

Nombres y Apellidos	Viáticos por día US\$	Número de días	Total viáticos US\$
Sergio Oliver Valencia Cano	200.00	2	400.00
Gaudens Ángel Gózar Manyari	200.00	8	1,600.00
Juan Meléndez de la Cruz	200.00	8	1,600.00
Orlando Jacinto Tito Falcón	200.00	8	1,600.00
Celestino Zacarías Poma	200.00	8	1,600.00

(*) El pasaje terrestre comprende el traslado desde la ciudad de Piura a la ciudad de Tumbes y viceversa.

Artículo tercero.- Dentro de los quince (15) días calendario siguientes al término de los mencionados trabajos de campo, los citados funcionarios deberán presentar un informe ante el señor Ministro de Relaciones Exteriores, con copia al señor Viceministro Secretario General, de las acciones realizadas durante el viaje autorizado.

Artículo cuarto.- La presente Resolución no da derecho a exoneración ni liberación de impuestos aduaneros de ninguna clase o denominación.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JOSÉ ANTONIO GARCÍA BELAUNDE
Ministro de Relaciones Exteriores

222424-1

Aprueban Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco

DECRETO SUPREMO
N° 015-2008-SA

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley N° 28705, se aprobó la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco;

Que, el artículo 19° de la precitada Ley dispone que el Poder Ejecutivo dictará la norma reglamentaria correspondiente;

Que, mediante Resolución Ministerial N° 432-2007/MINSA se dispuso la prepublicación del proyecto de Reglamento de la referida Ley, habiéndose recibido diversos aportes de la opinión pública;

Que, habiéndose tenido en cuenta los aportes antes señalados, resulta necesario aprobar el Reglamento de la Ley N° 28705;

De conformidad con el numeral 8) del artículo 118° de la Constitución Política del Perú y el numeral 3 del artículo 11° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

DECRETA:

Artículo 1°.- Aprobación

Aprobar el Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, que consta de tres (3) Títulos, cuarenta y nueve (49) artículos, tres (3) Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales y seis (6) anexos; los mismos que forman parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 2°.- Derogación

Deróguense todas las disposiciones que se opongan al presente Decreto Supremo.

Artículo 3°.- Del refrendo

El presente Decreto Supremo será refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro de Salud.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los cuatro días del mes de julio del año dos mil ocho

ALÁN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

LUIS CARRANZA UGARTE
Ministro de Economía y Finanzas

HERNÁN GARRIDO-LECCA M.
Ministro de Salud

REGLAMENTO DE LA LEY N° 28705, LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°.- Del objeto

El presente dispositivo reglamenta la Ley N° 28705, Ley General para la prevención y control de los

riesgos del consumo del tabaco, a fin de proteger la salud de la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo del tabaco y de la exposición al humo del tabaco. Asimismo, regula la comercialización de los productos del tabaco, asegura que su publicidad, promoción y comercialización esté dirigida sólo a personas mayores de edad; y establece los mecanismos de fiscalización y sanción administrativa.

Artículo 2°.- Mención a referencias

Cualquier mención en la presente norma a la palabra "Ley", se entenderá que se refiere a la Ley N° 28705, Ley General para la prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco.

Asimismo, cuando se haga referencia a la palabra "Reglamento" se refiere al Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco.

Artículo 3°.- Ámbito de aplicación

El Reglamento es de aplicación a todas las personas naturales y jurídicas que consuman, fabriquen, comercialicen, importen, distribuyan o suministren productos de tabaco. Asimismo, es aplicable a las personas que presten servicios de publicidad, promoción o patrocinio a la industria tabacalera.

Artículo 4°.- Definiciones

1. **Áreas o espacios abiertos:** Espacios físicos en un inmueble, expuestos al aire libre.
2. **Áreas o espacios cerrados:** Espacio físico dentro de un inmueble, que por su diseño arquitectónico o por su acondicionamiento, limite de alguna manera la ventilación.
3. **Cajetilla:** Tipo de envase que contiene un número determinado de cigarrillos.
4. **Cartón:** Tipo de envase que contiene cajetillas de cigarrillos.
5. **Centros Laborales:** Lugar en el que se encuentran empleadores y trabajadores en ejercicio de actividades laborales. Comprende también las áreas de atención al público.
6. **Control de los productos del tabaco o del tabaquismo:** Medidas para la disminución de la venta y/o compra de productos del tabaco, con objeto de mejorar la salud de la población.
7. **Dependencia pública:** Comprende todas las Entidades del Estado.
8. **Envase:** Todo recipiente cerrado utilizado para contener todo producto del tabaco destinado al consumo, comprendiendo los materiales autorizados para envolver que estén en contacto directo con el producto (NTP 209.038). Este término no incluirá:
 - a. Los envases primarios que no están destinados a venderse individualmente al consumidor.
 - b. Los recipientes o los envases de expedición utilizados únicamente para el transporte de los productos a granel o en gran cantidad, hacia los fabricantes, envasadores, procesadores o distribuidores de venta al por mayor y menor.
 - c. Los recipientes auxiliares o envolturas externas utilizados para entregar los envases a los consumidores minoristas si no tienen ninguna indicación impresa de algún producto en particular.
 - d. Los recipientes utilizados para presentar envases que se vendan al por menor, cuando el recipiente en sí no está destinado a la venta.
 - e. Los recipientes abiertos o las envolturas transparentes que no tienen ninguna indicación escrita, impresa o gráfica que impida ver la información del rotulado, tal como lo señala esta Norma Petrológica Peruana.
9. **Etiquetas:** Mensaje que se coloca en la cajetilla, cartón, envase o empaque de los productos del tabaco para su identificación.
10. **Industria tabacalera:** Incluye a los fabricantes, distribuidores, mayoristas e importadores de productos de tabaco.
11. **Medio de transporte público:** Incluye los vehículos destinados al transporte público de pasajeros.
12. **Productos de tabaco:** Productos preparados totalmente o en parte utilizando como materia prima hojas de tabaco y que están destinados a ser fumados, chupados, masticados o utilizados como rapé.

13. **Publicidad y promoción de productos de tabaco:** Sugerencia o recomendación de cualquier forma que tiene por efecto o posible efecto promover directa o indirectamente el consumo de productos de tabaco.

14. **Rótulo:** Es cualquier marbete, marca u otra materia descriptiva o gráfica que se haya escrito, impreso, estarcido, marcado en relieve o en bajo relieve o adherido al producto, su envase o empaque; el mismo que suele contener la siguiente información: nombre o denominación del producto, país de fabricación, fecha de vencimiento, condiciones de conservación, observaciones, contenido neto del producto, expresado en unidades de masa o volumen, según corresponda, nombre y domicilio legal en el Perú del fabricante o importador o envasador o distribuidor responsable, según corresponda, así como su número de Registro Único de Contribuyente (RUC) y la advertencia del riesgo o peligro que pudiera derivarse de la naturaleza del producto, así como de su empleo, cuando estos sean previsible.

15. **Venta directa:** Transferencia de un bien de forma personal.

16. **Venta indirecta:** Transferencia de un bien mediante máquinas expendedoras u otros mecanismos que no impliquen contacto personal.

TÍTULO II

DE LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON EL CONTROL DEL TABACO

CAPÍTULO I

DE LA PROTECCIÓN

Artículo 5°.- De la prohibición de fumar en lugares públicos

Está prohibido fumar en las áreas abiertas y cerradas de los establecimientos públicos y privados dedicados a la salud y a la educación, en las dependencias públicas, así como en los medios de transporte público.

Artículo 6°.- Área de fumadores

6.1 Los propietarios, representantes legales y administradores de los centros laborales privados, restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de entretenimiento, según corresponda, podrán habilitar, un área designada para fumadores, que no será mayor del veinte por ciento (20%) del área asignada a la atención al público. En estas áreas no se permitirá el ingreso de menores de edad.

6.2 El área de fumadores deberá estar separada físicamente del resto del establecimiento, y deberá contar con mecanismos adecuados de ventilación y extracción del humo al exterior que impidan la contaminación del área de los no fumadores y de las viviendas aledañas.

6.3 Sólo se permitirá el consumo de tabaco o productos del tabaco en las áreas para fumadores a que se refiere el presente artículo.

Artículo 7°.- De las inspecciones municipales

7.1 La autoridad municipal realizará inspecciones y mediciones periódicas de contaminantes del humo de tabaco en los centros laborales, restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de entretenimiento, y sancionará a los infractores conforme a lo señalado en el artículo 48° del presente Reglamento.

7.2 Para la medición de contaminantes ambientales, la autoridad municipal utilizará la tecnología que estime conveniente y podrá instalar los mecanismos para tal fin en los lugares de atención al público y en los centros laborales. El Ministerio de Salud establecerá los límites máximos permisibles, a través de Resolución Ministerial.

7.3 La remoción, deterioro, pérdida o destrucción de los elementos destinados a la medición de contaminantes ambientales, será de responsabilidad de los propietarios o administradores, según corresponda.

Artículo 8°.- Carteles de prohibición de fumar

En los lugares prohibidos para fumar consignados en el artículo 5° y en los centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares, centros de esparcimiento y otros centros de entretenimiento, se colocarán carteles de prohibición de fumar en todas las entradas, en cada espacio interior y en lugares visibles, de acuerdo a la dimensión del área del establecimiento o local, según el modelo y características indicado en el Anexo N° 1 del presente Reglamento. La visibilidad de los carteles dependerá de las características propias de cada establecimiento, de forma tal que sean perceptibles al consumidor final.

noción de productos de
endación de cualquier forma
le efecto promover directa
productos de tabaco.

narbete, marca u otra materia
ya escrito, impreso, estarcido,
relieve o adherido al producto
ismo que suele contener la
o denominación del producto,
vencimiento, condiciones de
contenido neto del producto,
masa o volumen, según
legal en el Perú del fabricante,
tribuidor responsable, según
mero de Registro Único de
tencia del riesgo o peligro que
aza del producto, así como de
previsibles.

erencia de un bien de forma
otros mecanismos que no

..O II

ACIONADAS CON EL
EL TABACO

U

ITECCIÓN

ición de fumar en lugares

as áreas abiertas y cerradas
os y privados dedicados a la
dependencias públicas, así
orte público.

adores

representantes legales y
borales privados, restaurantes
s deportivos y centros de
nda, podrán habilitar, un área
no será mayor del veinte por
a a la atención al público. En
greso de menores de edad
es deberá estar separada
blecimiento, y deberá contar
de ventilación y extracción
an la contaminación del área
viviendas aledañas.

ismo de tabaco o productos
rmadores a que se refiere el

cciones municipales

alizará inspecciones y
nstantes del humo de
s, restaurantes, cafés, bares,
entros de entretenimiento, y
nforme a lo señalado en el
amento.

contaminantes ambientales,
á la tecnología que estime
los mecanismos para tal
al público y en los centros
alud establecerá los límites
de Resolución Ministerial
, pérdida o destrucción de
medición de contaminantes
bilidad de los propietarios o
ponda.

rohibición de fumar

s para fumar consignados
entros laborales, hoteles,
entros de esparcimiento y
nto, se colocarán carteles
odas las entradas, en cada
visibles, de acuerdo a la
blecimiento o local, según
ndicado en el Anexo N°
visibilidad de los carteles.
ísticas propias de cada
l que sean perceptibles a

Artículo 9°.- Carteles de área de fumadores

En el área designada para fumadores se deberá colocar
según el modelo indicado en el Anexo N° 2 del
Reglamento.

Artículo 10°.- Carteles en los vehículos de transporte

En los vehículos de transporte público, se deberán
colocar en áreas visibles los carteles de prohibición
de fumar según el modelo indicado en el Anexo N° 1.
El número de carteles dependerá de la dimensión del
vehículo, asegurándose que estos sean visibles para todos
los pasajeros desde cualquier lugar de ubicación.

Los carteles serán proporcionados por el Ministerio de
Salud, quien se encargará de su distribución en coordinación
con las instancias correspondientes.

Artículo 11°.- Vigilancia Municipal

Las Municipalidades vigilarán y harán cumplir las
disposiciones contenidas en el presente Reglamento y
impondrán las sanciones de acuerdo a sus competencias y
atribuciones establecidas por Ley.

Artículo 12°.- Vigilancia del Ministerio de Salud

El Ministerio de Salud realizará la vigilancia sanitaria,
así como las acciones que incluyen entre otras, el reconocimiento
de la señalización en los lugares referidos en los
artículos 5°, 8°, 9° y 10° del Reglamento.

Se pondrá en conocimiento de la Municipalidad
Municipal o Distrital respectiva, las infracciones detectadas
en dichos lugares, cuya supervisión y sanción estén dentro
del ámbito de su competencia, para el inicio de las acciones
correspondientes.

Artículo 13°.- Políticas y estrategias del Ministerio
de Educación

El Ministerio de Educación establecerá políticas y
estrategias para la prevención y reducción de los factores de
riesgo derivados del consumo de tabaco. Asimismo, incluirá
en su sistema curricular (Diseño Curricular Nacional),
programas de prevención para evitar el inicio del consumo
de tabaco, de enseñanza de estilos de vida saludable y de
desarrollo de una vida sin tabaco, en todos los niveles y
áreas educativas.

Los programas promoverán la participación de
docentes, alumnos y padres de familia en campañas y
actividades nacionales en el "Día Mundial Sin Tabaco" y
otras que contribuyan a este fin. Estos programas incluirán
la participación de toda la comunidad y no podrán, bajo
ninguna modalidad, contar con el auspicio y/o participación
de la industria tabacalera.

El Ministerio de Educación coordinará con
universidades públicas y privadas a fin de implementar
y desarrollar programas para la prevención y control del
tabaquismo en el ámbito universitario.

Artículo 14°.- Programas de Prevención y Promoción
de la Salud

El Ministerio de Salud coordinará los programas de
prevención y promoción de la salud, con relación a la
lucha antitabáquica con otras instituciones y organismos
competentes en esta materia.

Artículo 15°.- Tarea educativa e informativa del
Estado

Los medios de comunicación del Estado,
contribuirán y facilitarán la tarea educativa e informativa
de promoción de la salud y prevención de los riesgos por
fumar.

Asimismo, el Instituto Peruano de Deporte
deberá participar en forma activa en todas las actividades
nacionales que programe el Poder Ejecutivo para la
lucha antitabáquica.

CAPITULO II

DEL EMPAQUETADO Y ETIQUETADO DE LOS
PRODUCTOS DEL TABACO

Artículo 16°.- Rotulado

Está prohibido incluir, en cualquier forma de envase
de los productos del tabaco y en la publicidad de dichos

productos: frases, imágenes y cualquier otra forma de
mensaje que sugieran menos toxicidad y/o menos daño a
la salud o que además asocien el éxito y la popularidad con
el consumo de tabaco y/o que implique cualquier tipo de
beneficio para la salud.

Artículo 17°.- Adaptación del rotulado

Los productores, importadores y distribuidores de
productos del tabaco deberán adaptar los envases de
productos del tabaco en cualquier presentación destinados
al consumidor final a las disposiciones establecidas en el
Reglamento.

Artículo 18°.- Impresión de las advertencias
sanitarias en envolturas o empaques de productos del
tabaco

Los paquetes de cigarrillo y en general todas las
envolturas o empaques de productos del tabaco destinados
al consumidor final, deberán llevar impreso en el cincuenta
por ciento (50%) de una de las caras principales, una de
las advertencias sanitarias sobre los riesgos de fumar,
aprobadas en el presente Reglamento.

Artículo 19°.- De la comercialización en el mercado
interno

Para efectos de la comercialización en el mercado
interno de productos del tabaco indicados en el artículo
18° del presente Reglamento, las advertencias sanitarias
serán impresas en toda envoltura o empaque que contenga
productos a ser expendidos al consumidor final. Los
importadores serán responsables del cumplimiento del
rotulado de las indicadas advertencias para los productos
del tabaco elaborados en el extranjero y los fabricantes y/o
distribuidores de producto de tabaco serán responsables
para el caso de productos elaborados en el país.

Artículo 20°.- Productos de tabaco

Los demás productos del tabaco con excepción de los
cigarrillos en todas sus presentaciones, podrán llevar las
advertencias sanitarias impresas en etiquetas adheridas a
su envoltura, o de ser el caso en el cuerpo del producto si
es que es expendido sin envoltura.

Artículo 21°.- Prohibición de ocultamiento y
remoción de las advertencias sanitarias

21.1 En ningún caso la advertencia sanitaria podrá
ser cubierta por dibujos, colores o tramas impresos en el
papel o plástico transparente que rodea los envases, ni
ser adherida o impresa en este papel. Tampoco podrá ser
cubierta por insertos u otro tipo de elementos colocados
entre dicho envoltorio y los envases.

21.2 En caso que dentro de las cajetillas se incorpore
un inserto, la advertencia deberá estar por ambos lados.

21.3 Las advertencias sanitarias deberán ser impresas
en todo paquete que se comercialice y en los envases
contenidos en su interior.

Artículo 22°.- Advertencias sanitarias

22.1 Las advertencias sanitarias están constituidas por
las frases e imágenes que se indican en el Anexo N° 4 del
Reglamento.

22.2 Las frases que constituyen las advertencias
sanitarias son las siguientes:

- a. PELIGRO: El Monóxido de Carbono enferma al corazón y el alquitrán da cáncer.
- b. PELIGRO: El humo de tabaco causa 55 diversas enfermedades, 17 son cánceres.
- c. Fumar causa Impotencia Sexual.
- d. Fumar ocasiona abortos.
- e. Fumar produce Cáncer al Pulmón.
- f. El humo del tabaco produce asma.
- g. El humo de tabaco daña tu bebe.
- h. La nicotina es altamente adictiva.
- i. Fumar causa infarto al corazón.
- j. Fumar produce Cáncer de Boca.
- k. Fumar causa infarto cerebral.

22.3 Dentro del área destinada a las advertencias
sanitarias se incluirá la frase "Prohibida la venta a menores
de 18 años de edad", así como la frase señalada en el
numeral 24.1 del artículo 24° del Reglamento. Mediante
Resolución Ministerial del Ministerio de Salud se
establecerán las proporciones mínimas para que todas las

frases que constituyan advertencias sanitarias puedan ser legibles.

22.4 En los lugares de expendio de los productos del tabaco, los envases deberán ser exhibidos al público exponiendo las advertencias sanitarias.

Artículo 23°.- Prohibición de utilizar determinados términos en el etiquetado

Se prohíbe como forma de publicidad o promoción en el etiquetado de los productos del tabaco, el uso de los términos: "Ligero", "Ultraligero", "Suave", "Supersuave", "Light", "Ultralight"; sinónimos y símbolos que puedan sugerir que el contenido del producto del tabaco es comparativamente menor que otro, menos tóxico o menos adictivo, en el etiquetado o en el interior del envase de los productos del tabaco.

Artículo 24°.- Referencia a los componentes cancerígenos

24.1 En todo producto del tabaco comercializado, deberá consignarse dentro del área destinada a la advertencia sanitaria, el siguiente mensaje: "EL HUMO DEL TABACO CONTIENE MÁS DE 4,000 SUSTANCIAS TÓXICAS DE LAS CUALES 50 PRODUCEN CÁNCER, ENTRE LAS CUALES SE ENCUENTRAN EL ARSÉNICO, FÓSFORO, CIANURO Y AMONIACO".

24.2 En otra cara lateral del envase deberá constar la información respecto al país de fabricación, fecha de vencimiento, precio de venta, así como los contenidos de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 28405, Ley de rotulado de productos industriales manufacturados.

24.3 Toda información en los productos de tabaco o su publicidad debe ser en idioma español.

CAPÍTULO III

DE LA COMERCIALIZACION

Artículo 25°.- Cartel de advertencia sanitaria

Los locales de las personas naturales o jurídicas dedicada a la venta de productos del tabaco, deberán fijar en lugar visible, un cartel con la advertencia sanitaria: "EL CONSUMO DE TABACO ES DAÑINO PARA LA SALUD. PROHIBIDA SU VENTA A MENORES DE 18 AÑOS", según el modelo indicado en el Anexo N° 3 del Reglamento.

Artículo 26°.- Prohibición de venta de productos de tabaco

Prohíbese la venta directa o indirecta de productos del tabaco cualquiera sea su presentación, dentro de cualquier establecimiento público o privado dedicado a la salud y a la educación y en las dependencias públicas.

Artículo 27°.- Venta a menores de edad

Se prohíbe la venta y suministro de productos del tabaco a menores de 18 años de edad, sea para consumo propio o de terceros. En caso de duda, los establecimientos deberán exigir la identificación del comprador.

Artículo 28°.- Distribución promocional de productos de tabaco

Prohíbese la distribución gratuita promocional de productos de tabaco en la vía pública o en establecimientos que se permita el ingreso a menores de 18 años de edad. En otros lugares, solamente se permitirá la distribución de productos de tabaco cuando en forma objetiva y verificable se pueda demostrar que el receptor es mayor de edad.

Artículo 29°.- Distribución promocional de juguetes que aludan a productos de tabaco

Se prohíbe la promoción, venta, distribución y/o donación de juguetes que tengan forma o aludan a productos de tabaco o que puedan resultar atractivos para menores de edad (cigarrillos, cigarrillos, puros, pipas, cajetillas y otros).

Artículo 30°.- Máquinas expendedoras

30.1 Las máquinas expendedoras de productos del tabaco sólo estarán permitidas para la venta de productos del tabaco donde no tengan acceso menores de 18 años de edad.

30.2 Las máquinas expendedoras de productos del tabaco que cuenten con publicidad del producto, deberán contar con una de las frases de advertencia sanitaria, en

un área del 15% del espacio dedicado a la publicidad con las mismas características que las señaladas para los anuncios publicitarios. Los envases que se expongan en las indicadas máquinas deberán exhibir al público la advertencia sanitaria.

CAPÍTULO IV

DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN O PATROCINIO DE PRODUCTOS DEL TABACO

Artículo 31°.- De los anuncios publicitarios

31.1 Los anuncios publicitarios permitidos por Ley deben contar con una advertencia sanitaria constituida por uno de los mensajes sanitarios elaborados para los envases de cigarrillos en un área de 15% del espacio publicitario.

31.2 El mensaje sanitario deberá ser legible y visible para el consumidor, para lo cual deberá estar ubicado en la parte inferior del espacio publicitario, en un recuadro de fondo negro y letras mayúsculas blancas. Se sugiere, tipo Arial Black que mantenga la proporcionalidad y características de las imágenes según el modelo del Anexo N° 5 del Reglamento.

31.3 Cuando se trate de dísticos, trípticos o cualquier otro sistema de hojas o caras múltiples, los mensajes sanitarios deberán repetirse en cada una de las caras en espacio de 15% cada una.

31.4 En los anuncios publicitarios donde se muestre uno o varios envases de productos del tabaco, se deberá exponer la cara donde se presente la advertencia sanitaria. Cualquier artificio para ocultar o disminuir la visibilidad de los mensajes sanitarios será sancionado conforme al Reglamento.

Artículo 32°.- Rotación de las advertencias sanitarias en la publicidad

Las advertencias sanitarias para efectos de publicidad de los productos del tabaco, deben rotarse con una periodicidad de seis (6) meses conforme lo disponga el Ministerio de Salud. Dichas disposiciones serán publicadas en el Diario Oficial "El Peruano" con seis meses de anticipación, caso contrario se mantendrá la misma advertencia sanitaria utilizada en el periodo que se vence.

Artículo 33°.- Limitación de publicidad gráfica para menores

33.1 La publicidad directa e indirecta de productos del tabaco esta limitada a diarios o revistas dirigidos exclusivamente a mayores de 18 años de edad.

33.2 La publicidad de tabaco no debe ser exhibida ni puesta al alcance de menores de 18 años de edad en lugares de atención al público.

Artículo 34°.- Patrocinio de productos de tabaco

Prohíbese patrocinar y/o publicitar la marca, logos u otras formas que identifiquen cualquier producto del tabaco en eventos o actividades destinados a menores de 18 años de edad.

Artículo 35°.- Publicidad permitida

35.1 La publicidad permitida no debe incluir mensajes ni imágenes que sugieran que el éxito y/o popularidad aumentan por el hecho de fumar y/o que la mayoría de personas son fumadoras. Dichos anuncios no deben de estar asociados a una vida saludable por fumar.

35.2 Queda prohibida la publicidad de tabaco que contenga imágenes de menores de 18 años de edad.

Artículo 36°.- Publicidad en establecimientos de salud y educación

36.1 Se prohíbe toda forma de publicidad de productos del tabaco en establecimientos públicos o privados dedicados a la salud y a la educación, sean públicos o privados y en las dependencias públicas.

36.2 Inclúyase en esta prohibición la publicidad de productos de tabaco en todas sus formas, que lleve la marca de fábrica (sola o junto con otra palabra), la marca registrada, el nombre comercial, el aspecto distintivo, el logotipo, el isotipo, el arreglo gráfico, el diseño, el eslogan, el símbolo, el lema, el mensaje de venta, el color o combinación de colores reconocibles u otros elementos que permitan la identificación de algún producto de tabaco o a la empresa que lo comercializa o distribuye.

Artículo 37°.- Publicidad indirecta

Queda prohibido el uso de nombres, medios de comunicación o otro medio de comunicación cerrados locales de radio.

Artículo 38°.- Prohibición de publicidad de tabaco en establecimientos privados. Afiches, carteles, trípticos, etc.

Prohíbese la publicidad de tabaco en establecimientos privados. Afiches, carteles, trípticos, etc. con fines de promoción.

Artículo 39°.- Publicidad de productos deportivos

Queda prohibida la publicidad indirecta de productos deportivos. Insignias, logos, marcas o cualquier otro medio de promoción de productos deportivos.

Artículo 40°.- Publicidad de prendas de vestir

Queda prohibida la publicidad indirecta de prendas de vestir y accesorios de promoción.

DEL COMERCIO

DE LAS INSPECCIONES Y VIGILANCIAS

Artículo 41°.- Inspección del presente

El Ministerio de Salud, la Autoridad Nacional de Protección, la Antitabáquica y las dependencias públicas dentro del ámbito de su competencia.

Artículo 42°.- Vigilancia de la autor

La autoridad nacional de protección, los sistemas con el cumplimiento de su competencia.

Artículo 43°.- El Ministerio de Salud y la institución de la Ley y de

Artículo 44°.- Publicidad de tabaco

44.1 Las actividades de tabaco e los trámites de cumplimiento de las obligaciones rotulado y Reglamento.

44.2 Una autoridad nacional (autor rotulado, etc) para su nacional despacho responsable de las operaciones de la Ley General.

Artículo 45°.- Etiquetado

45.1 Está prohibida la publicidad indirecta que se refiera al tabaco que se

espacio dedicado a la publicidad... Los envases que se exhiban deberán exhibir al público...

APÍTULO IV

PROMOCIÓN O PATROCINIO DE PRODUCTOS DEL TABACO

anuncios publicitarios

Publicitarios permitidos por Ley de la Autoridad Sanitaria... Se sugiere, tipo Arial... Se sancionará conforme a la Ley...

de las advertencias sanitarias

Áreas para efectos de publicidad... Se vence...

de publicidad gráfica para

directa e indirecta de productos... de 18 años de edad...

de productos de tabaco... en cualquier producto del tabaco...

publicidad permitida

publicidad permitida no debe incluir mensajes... de 18 años de edad...

publicidad en establecimientos de

Forma de publicidad de productos... la educación, sean públicas...

prohibición la publicidad... reconocibles u otros elementos...

Artículo 37°.- Prohibición de la publicidad directa e indirecta

Queda prohibida la publicidad directa e indirecta, y el uso de nombres, logos o marcas de productos de tabaco...

Artículo 38°.- Prohibición de publicidad alrededor de instituciones educativas

Prohíbese todo tipo de publicidad exterior de productos de tabaco en los establecimientos educativos públicos...

Artículo 39°.- Prohibición de publicidad en eventos deportivos

Queda prohibida toda forma de publicidad directa e indirecta de productos de tabaco en todo tipo de actividades deportivas...

Artículo 40°.- De la prohibición de publicidad en prendas de vestir y accesorios

Queda prohibida toda forma de publicidad directa e indirecta de productos de tabaco en prendas de vestir y accesorios...

TÍTULO III

DEL CONTROL, INFRACCIONES Y SANCIONES

CAPÍTULO I

DE LAS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE LA VIGILANCIA Y CUMPLIMIENTO DEL REGLAMENTO

Artículo 41°.- Coordinación para el cumplimiento del presente Reglamento

El Ministerio de Salud coordinará con los Gobiernos Regionales, la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabacológica (COLAT), SUNAT e INDECOPI las acciones necesarias para el cumplimiento de la Ley y del Reglamento...

Artículo 42°.- Sistemas complementarios de vigilancia municipal

La autoridad municipal podrá implementar otros sistemas complementarios de vigilancia para fiscalizar el cumplimiento de la Ley y del Reglamento, en el ámbito de su competencia.

Artículo 43°.- Informes periódicos

El Ministerio de Salud solicitará informes periódicos a las instituciones encargadas de la vigilancia y cumplimiento de la Ley y del presente Reglamento.

Artículo 44°.- Nacionalización de los productos del tabaco

44.1 Las cajetillas de cigarrillos y otros productos de tabaco elaborados en el extranjero, previamente a los trámites de nacionalización ante la SUNAT, deberán cumplir obligatoriamente con las normas referidas al rotulado y advertencias sanitarias contenidas en el presente Reglamento.

44.2 Una vez que estos productos ingresan a territorio nacional (zona primaria), no se permitirá colocar ningún rotulado, etiquetado ni re etiquetado, como paso previo a su nacionalización. Los almacenes aduaneros y despachadores de aduana, según sea el caso, bajo responsabilidad no permitirán el etiquetado durante las operaciones previstas en el artículo 47° del Reglamento de la Ley General de Aduanas.

Artículo 45°.- Excepciones de la Obligación del etiquetado

45.1 Están exceptuados de la obligación del etiquetado los productos de tabaco que se encuentren en las siguientes condiciones:

a. Como parte del equipaje y menaje de casa que porten los viajeros con pasaporte o documento oficial al ingreso o salida del país, conforme al Reglamento de Equipaje y Menaje de Casa, aprobado por Decreto Supremo N° 016-2006-EF.

b. Como obsequios a través de paquetes o envíos postales, mensajería internacional, correos rápidos o "courier".

c. Que provengan del ingreso / salida para rancho de nave, del ingreso a los almacenes libres (Duty Free) o de cualquier otra modalidad especial de ingreso, siempre que se compruebe que no serán destinados a la comercialización interna.

d. Como muestras destinadas a la investigación.

45.2 Las excepciones dispuestas en el numeral 45.1, no comprenden a cualquier modalidad de donación ni el ingreso de muestras destinadas a la exhibición, promoción y publicidad.

Artículo 46°.- Inspecciones de la SUNAT

46.1 Las inspecciones a cargo de la SUNAT, a que se refiere el tercer párrafo del artículo 18° de la Ley, se llevarán a cabo durante los reconocimientos físicos que se realicen, conforme a lo dispuesto en la Ley General de Aduanas y demás disposiciones legales correspondientes.

46.2 La inspección y verificación de la SUNAT respecto al envase y etiquetado de los cigarrillos y productos de tabaco, previstas en la Ley se realizarán de manera aleatoria conforme a lo dispuesto en la Ley General de Aduanas vigente, y demás disposiciones legales pertinentes.

46.3 Si durante el reconocimiento físico se comprueba que la mercancía no cumple con las disposiciones contenidas en el Capítulo II del presente Reglamento en lo que corresponda, esta mercancía no podrá ser nacionalizada debiéndose proceder conforme a las disposiciones legales correspondientes.

CAPÍTULO II

DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 47°.- Potestad sancionadora del INDECOPI

Las infracciones a las disposiciones sobre publicidad, rotulado, promoción y patrocinio de productos de tabaco contenidas en los artículos 31° al 40° del presente Reglamento, serán sancionadas por las Comisiones de Represión de la Competencia Desleal y de Protección al Consumidor del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), conforme a la normatividad vigente.

Artículo 48°.- Potestad sancionadora de las Municipalidades

Las sanciones a las infracciones señaladas en el presente Reglamento, deberán ser establecidas por las Municipalidades competentes, en el marco de la potestad sancionadora reconocida por el artículo 46° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; para lo cual emitirán las Ordenanzas Municipales correspondientes.

Artículo 49°.- Criterios para calificar infracciones e imponer sanciones

Al momento de sancionar, la autoridad competente deberá tener en cuenta los principios de razonabilidad, uniformidad y predictibilidad señalados en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Asimismo, deberá considerar los principios referidos a la potestad sancionadora de la Administración, establecidos en el artículo 230° de la citada Ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

Primera.- De la vigencia

El Presente Reglamento entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", a excepción de los artículos 6°, 16°, 17°, 18°, 19°, 20°, 21°, 22°, 23°, 24°, 25°, 31°, 32°, 33°, 34°, 35°, 36°, 37°, 38°, 39° y 40°, los cuales entrarán en vigencia a los 180 (ciento ochenta) días calendario contados a partir de la publicación del Reglamento.

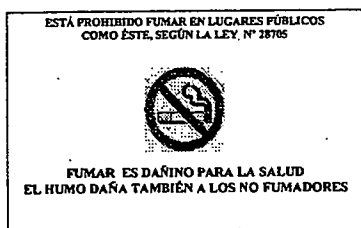
Segunda.- Importaciones en trámite de productos de tabaco.

Exceptúese de los alcances del Reglamento a las importaciones que a la fecha de aprobación del Reglamento se encuentran con órdenes de compra confirmadas, en condiciones de embarque en viaje o en trámite de internamiento al país.

Tercera.- De las facultades del Ministerio de Salud.
Facúltese al Ministerio de Salud para que mediante Resolución Ministerial dicte las disposiciones que se requieran para la mejor aplicación del Reglamento.

ANEXO 1

30 cm.



21 cm

Características de diseño:

Fondo: de color blanco

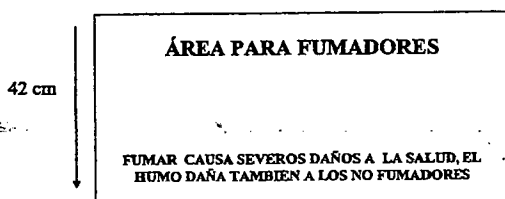
Color: color de letras: negras, color de círculo: rojo

Tipo: Arial y tamaño de letra según proporción del modelo.

Las medidas consignadas son las mínimas sugeridas.

ANEXO N° 2

60 cm



42 cm

Características de diseño:

Fondo: de color blanco

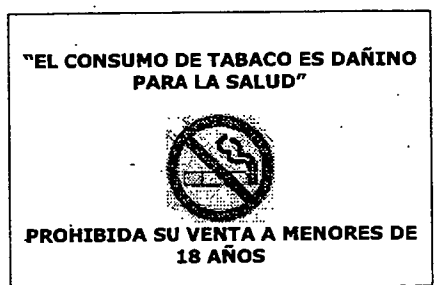
Color: color de letras: negras

Tipo: Arial y tamaño de letra según proporción del modelo.

Las medidas consignadas son las mínimas sugeridas.

ANEXO N° 3

70 cm.



40cm

Características de diseño:

Fondo de color blanco

Color de letras negras. Círculo en rojo

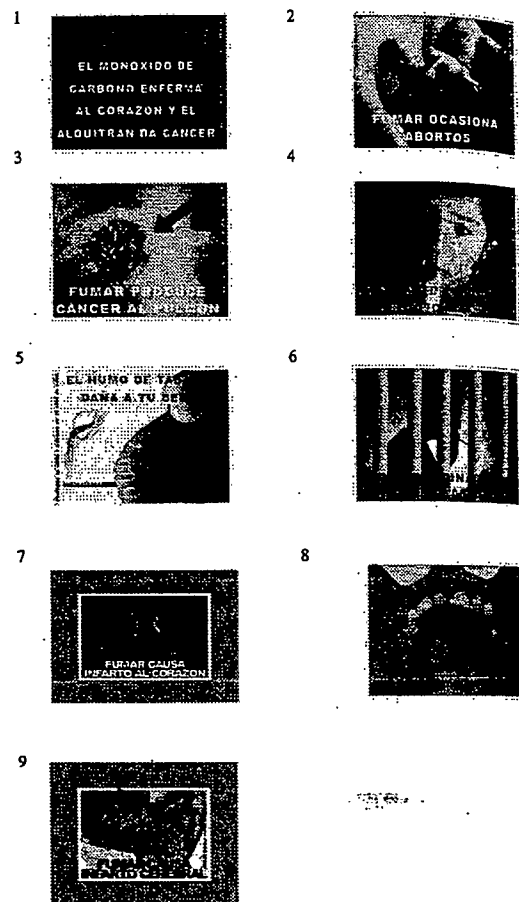
Tipo Arial y tamaño de letra según proporción del modelo

Las medidas consignadas son las mínimas sugeridas.

ANEXO N° 4

ADVERTENCIAS SANITARIAS

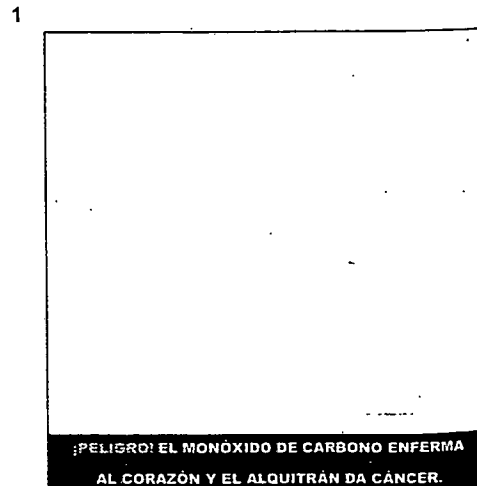
(Ver las imágenes a color en el portal de Internet del Ministerio de Salud)



ANEXO N° 5

MENSAJES SANITARIOS

(Ver las imágenes a color en el portal de Internet del Ministerio de Salud)



Lima, sábado 5 de julio de 2008

ANEXO Nº 4

ENCAS SANITARIAS

en el portal de Internet del Minister

2



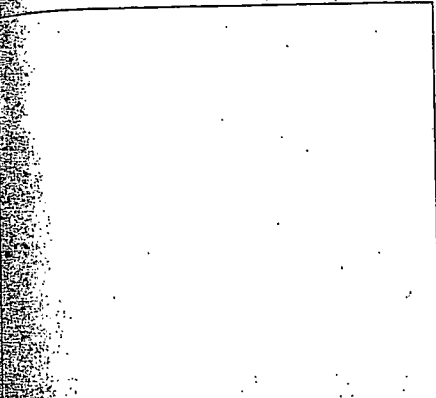
4



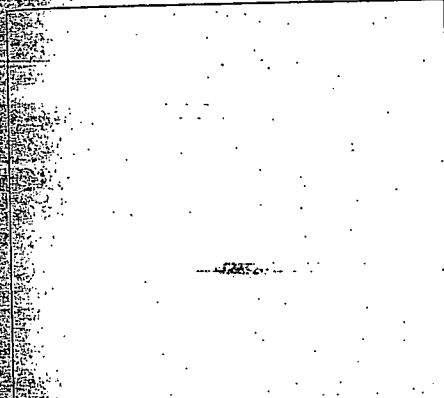
6



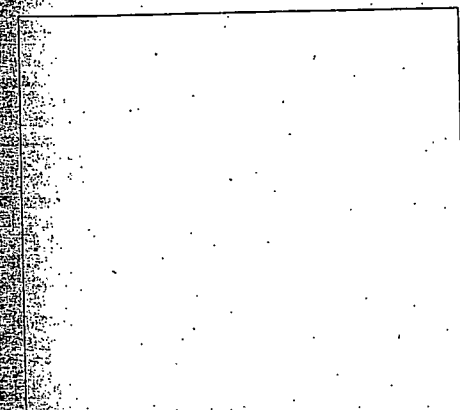
8



PELIGRO! EL HUMO DE TABACO CAUSA 55 DIVERSAS ENFERMEDADES, 17 SON CÁNCERES.

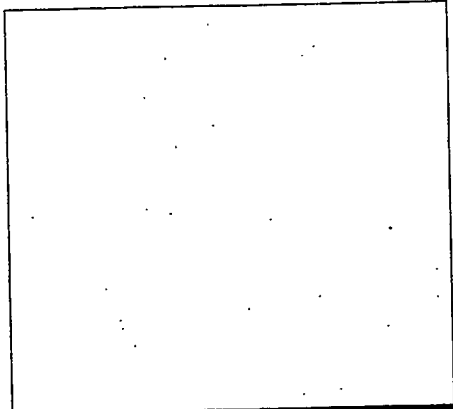


FUMAR CAUSA IMPOTENCIA SEXUAL



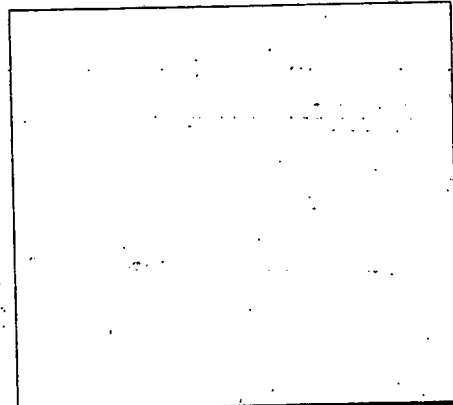
FUMAR OCASIONA ABORTOS

5



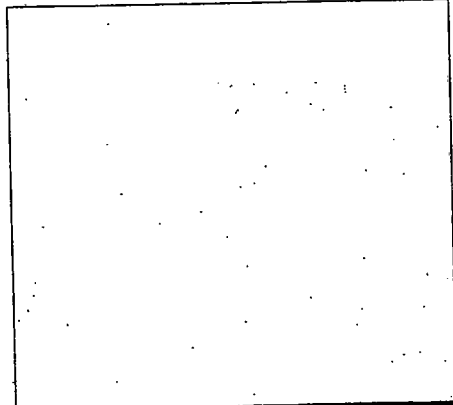
FUMAR PRODUCE CÁNCER AL PULMÓN

6



EL HUMO DEL TABACO PRODUCE ASMA

7

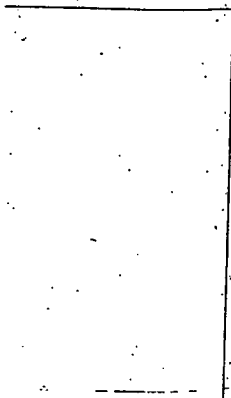


EL HUMO DEL TABACO DAÑA A TU BEBÉ

EXO Nº 5

SANITARIOS

por en el portal de Internet del



DE CARBONO ENFERMA QUISTRÁN DA CÁNCER.

8

**LA NICOTINA ES
ALTAMENTE ADICTIVA**

9

**FUMAR CAUSA
INFARTOS AL CORAZÓN**

10

**FUMAR PRODUCE
CÁNCER DE BOCA**

11

**FUMAR PRODUCE
INFARTO CEREBRAL**

ANEXO N° 6

NORMA DE REFERENCIA

Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud
para el Control del Tabaco

222860-1

**Asignan a profesional las funciones de
Coordinador de la Estrategia Sanitaria
Nacional de Salud Mental y Cultura de
Paz de la Dirección General de Salud
de las Personas**

**RESOLUCIÓN MINISTERIAL
N° 449-2008/MINSA**

Lima, 2 de julio del 2008

Visto el Expediente N° 08-020373-001, que contiene el
Oficio N° 1409-2008-DGSP/MINSA, del Director General de
la Dirección General de Salud de las Personas;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Ministerial N° 242-2006/
MINSA del 13 de marzo de 2006, se modificó el Cuadro
de las Estrategias Sanitarias Nacionales y sus respectivos
órganos responsables, consignado en el artículo 1° de la
Resolución Ministerial N° 771-2004/MINSA, disponiéndose
que la Estrategia Sanitaria Nacional de Salud Mental
y Cultura de Paz, desarrollará sus acciones bajo la
responsabilidad de la Dirección General de Salud de las
Personas;

Que, mediante Resolución Vice Ministerial N° 1248-86-
SA-VM-P del 30 de diciembre de 1986, se nombró al médico
psiquiatra Manuel Eduardo Escalante Palomino en la línea
de carrera de médico, Nivel V, en el Instituto Nacional de
Salud Mental "Honorio Delgado-Hideyo Noguchi";

Que, con Oficio N° 1409-2008-DGSP/MINSA del 28
de febrero de 2008, remitido al Despacho Ministerial, el
Director General de la Dirección General de Salud de las
Personas propone al médico psiquiatra Manuel Eduardo
Escalante Palomino para que se le asigne las funciones de
Coordinador Nacional de Salud Mental y Cultura de Paz de
la Dirección General de Salud de las Personas;

Que, mediante Memorandum N° 1925-2008/DGSP/
MINSA del 13 de mayo de 2008, el Director General de Salud
de las Personas remite el proyecto de resolución ministerial
en el cual se asigna las funciones de Coordinador Nacional
de la Estrategia Sanitaria Nacional de Salud Mental y
Cultura de Paz al citado funcionario;

Que, con Memorandum N° 635-2008-OGGRH/MINSA,
del 16 de junio de 2008, el Director General de la Dirección
General de Gestión de Recursos Humanos, opina que se
debe de emitir la resolución ministerial de nominación del

Exteriores, en virtud de la cual se establece que dentro de su estructura orgánica básica, la Alta Dirección está conformada por el Ministro, Viceministro y el Secretario General;

Con la opinión favorable de la Dirección General de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores y con el visado de la Dirección General de Administración;

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Delegar en el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores, la facultad de aprobar los Calendarios de Compromisos Institucionales y sus modificaciones, que corresponda al Titular del Pliego 008: Ministerio de Relaciones Exteriores, para el período comprendido entre el 01 de enero al 31 de diciembre de 2010.

PLIEGO

AUTORIDAD DEL TITULAR
POR DELEGACIÓN008 MINISTERIO DE RELACIONES
EXTERIORES

SECRETARIO GENERAL

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JOSÉ ANTONIO GARCÍA BELAUNDE
Ministro de Relaciones Exteriores

445440-1

Designan Fedatario del Ministerio de Relaciones ExterioresRESOLUCIÓN MINISTERIAL
N° 0032/RE-2010

Lima, 11 de enero de 2010

Vista la Resolución Ministerial N° 1216-2008-RE, que designó al Servidor Administrativo STF, Leopoldo Trujillo Lozano, quien desempeña funciones en el Archivo General y Documentación, como Fedatario del Ministerio de Relaciones Exteriores, por el período de dos (02) años, a partir del 01 de noviembre de 2008;

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Resolución Ministerial N° 1389-2009-RE, se traslada al citado servidor administrativo, para que desempeñe el cargo administrativo de Auxiliar para trámites consulares y atención al público en el Consulado General del Perú en Caracas, República Bolivariana de Venezuela;

Que, por la Resolución Viceministerial N° 0518-2009-RE, se fija el 01 de marzo de 2010, como la fecha en la que deberá asumir funciones en el Consulado General del Perú en Caracas, República Bolivariana de Venezuela;

Que, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que cada entidad designará Fedatarios institucionales adscritos a sus unidades de recepción documental, en número proporcional a sus necesidades de atención, quienes, sin exclusión de sus labores ordinarias, brindarán gratuitamente sus servicios a los administrados;

Que, asimismo, el Fedatario tiene como labor personalísima, comprobar y autenticar, previo cotejo entre el original que exhibe el administrado y la copia presentada, la fidelidad del contenido de esta última para su empleo en los procedimientos de la entidad, así como certificar firmas previa verificación de la identidad del suscriptor, para las actuaciones administrativas concretas en que sea necesario;

Que, en tal sentido, se requiere designar a un nuevo Fedatario del Ministerio de Relaciones Exteriores, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 127° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Teniendo en cuenta el Memorandum (AGD) N° AGD/1278/2009, del Archivo General y Documentación, de 28 de diciembre de 2009;

De conformidad con el artículo 127° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Dar término a la designación del Servidor Administrativo STF, Leopoldo Trujillo Lozano, como Fedatario del Ministerio de Relaciones Exteriores, con fecha 14 de enero de 2010.

Artículo 2°.- Designar al Servidor Administrativo, nivel STD, Carlos Alberto Candela Hernández, quien desempeña funciones en el Archivo General y Documentación, como Fedatario del Ministerio de Relaciones Exteriores, por el período de dos (02) años, a partir del 15 de enero de 2010.

Artículo 3°.- El citado Fedatario desempeñará sus funciones en forma ad-honorem y el servicio que brinda será totalmente gratuito.

Artículo 4°.- El Fedatario designado queda obligado a llevar un registro de los actos que autentique y de las certificaciones que realice en el ejercicio de sus funciones.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JOSÉ ANTONIO GARCÍA BELAUNDE
Ministro de Relaciones Exteriores

445440-2

SALUD**Se modifican artículos del Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA**DECRETO SUPREMO
N° 001-2010-SA

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante Ley N° 28705, se aprobó la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco;

Que, mediante Decreto Supremo N° 015-2008-SA se aprobó el Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Tabaco;

Que, los artículos 47, 48 y 49 del precitado reglamento regulan la potestad sancionadora del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOP y de las Municipalidades; así como los criterios para calificar infracciones e imponer sanciones;

Que, los artículos 105° y 106° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud disponen que corresponde a la Autoridad de Salud competente, dictar las medidas necesarias para minimizar y controlar los riesgos para la salud de las personas derivados de elementos, factores y agentes ambientales; así como dictar las medidas de prevención y control indispensables para que cesen los actos o hechos que ocasionan dichos riesgos y daños, cuando la contaminación del ambiente signifique riesgo o daño a la salud de las personas;

Que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 128° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, en el uso de las atribuciones que le confieren la mencionada ley, las leyes orgánicas, las leyes de organización y funciones, otras leyes especiales y sus reglamentos, la Autoridad de Salud está facultada a disponer acciones de orientación y educación, practicar inspecciones en cualquier bien mueble o inmueble, tomar muestras y proceder a las pruebas correspondientes, recabar información y realizar las demás acciones que considere pertinentes para el cumplimiento de sus funciones, así como, de ser el caso, aplicar medidas de seguridad y sanciones; asimismo, los artículos 134° y 135° de la precitada Ley, establecen la facultad sancionadora de la Autoridad de Salud por las infracciones a las disposiciones contenidas en la citada ley;

Que, el Artículo 36° de la Ley N° 27783, Ley Orgánica de Bases de la Descentralización establece que la Salud

designación del Servidor
Trujillo Lozano, como
aciones Exteriores, con

vidor Administrativo, nivel
nández, quien desempeña
l y Documentación, como
aciones Exteriores, por
partir del 15 de enero de

latario desempeñará sus
a y el servicio que brinda

designado queda obligado
tos que autentique y de
en el ejercicio de sus

publiquese.

ELAUNDE
riores

**Disposiciones del Reglamento
Ley General para
rol de los Riesgos
del Consumo, aprobado por
Decreto Supremo N° 015-2008-SA**

PREMIER
015-2008-SA

REPÚBLICA

se aprobó la Ley General
de los Riesgos del Consumo

Decreto Supremo N° 015-2008-SA se
aprobó la Ley General para el
Rol de los Riesgos del Consumo,
Decreto Supremo N° 015-2008-SA,
el cual establece el Reglamento
del Instituto Nacional de
Protección y de la Protección
Civil - INDECOPI y de las
Diferencias para calificar
los riesgos.

De la Ley N° 26842,
que corresponde a la
autoridad para dictar las medidas
para controlar los riesgos para la
salud de los elementos, factores
que pueden dictar las medidas de
prevención para cesen los
dichos riesgos y daños,
debe significar riesgo o
daño.

De acuerdo por el artículo 128°
de la Ley General de Salud, en el uso de
de la mencionada ley, las
funciones y funciones,
de la Autoridad de
de orientación y
de ser en cualquier bien mueble
y proceder a las pruebas
de muestreo y realizar las demás
medidas para el cumplimiento
de ser el caso, aplicar
las sanciones; asimismo, los artículos
129° y 130° de la Ley General de Salud,
establecen la facultad
de la Autoridad de Salud por las infracciones
en la citada ley;
Decreto Supremo N° 27783, Ley Orgánica
de la Autoridad de Salud establece que la Salud

Pública es una competencia compartida; asimismo
mediante Resolución Ministerial N° 405-2005/MINSA
se reconoce que las Direcciones Regionales de Salud,
se constituyen en la única autoridad de salud en cada
Gobierno Regional;

Que, de conformidad con lo establecido por el artículo
18° de la Ley N° 28705, Ley General para la prevención y
control de los riesgos del consumo del tabaco, concordante
con los artículos 7° y 12° de su Reglamento, aprobado
por Decreto Supremo N° 015-2008-SA; el Ministerio de
Salud es órgano competente para la vigilancia sanitaria
del cumplimiento de la citada ley;

Que, en tal virtud, con el objetivo de tutelar la
salud pública y que se realice un efectivo control de
los contaminantes del humo del tabaco en los lugares
privados y públicos contemplados en la Ley N° 28705,
Ley General para la prevención y control de los riesgos
del consumo del tabaco, así como para proteger la
salud de la población, es conveniente efectuar algunas
modificaciones a su Reglamento, aprobado por Decreto
Supremo N° 015-2008-SA;

De conformidad con el numeral 8) del artículo 118
de la Constitución Política del Perú y el numeral 3 del
artículo 11° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder
Ejecutivo;

DECRETA:

Artículo 1°.- Modificación

Modifíquese el numeral 6.1 del artículo 6°, los
numerales 7.1 y 7.2 del artículo 7°, así como el numeral
12.1 del artículo 12° y el artículo 48° del Reglamento de la
Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control
de los Riesgos del Consumo del Tabaco, aprobado por
Decreto Supremo N° 015-2008-SA, los mismos que
quedarán redactados de la siguiente manera:

"Artículo 6°.- Área para fumadores

6.1 Los propietarios, representantes legales y
administradores de los centros laborales privados,
restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y
centros de entretenimiento, según corresponda, podrán
habilitar un área designada para fumadores, que no
será mayor del diez por ciento (10%) del área asignada
a la atención al público. En estas áreas no se permitirá el
ingreso a menores de edad.

**Artículo 7°.- De las inspecciones a cargo de las
Municipalidades y del Ministerio de Salud**

7.1 La autoridad municipal, las Direcciones
Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los
Gobiernos Regionales y el Ministerio de Salud, realizarán
inspecciones y mediciones periódicas de contaminantes
del humo de tabaco en los centros laborales, restaurantes,
cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de
entretenimiento, y sancionarán a los infractores conforme
a lo señalado en el artículo 48° del presente Reglamento;
y el artículo 128° y el Título Sexto de la Ley N° 26842 -
Ley General de Salud, respectivamente.

7.2 Para la medición de presencia de humo de tabaco
fuera del área a que se contrae el numeral 6.1 del artículo
6° del presente Reglamento, la autoridad municipal, las
Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus
veces en los Gobiernos Regionales y el Ministerio de

Salud, utilizarán la tecnología que estimen conveniente
y podrán instalar los mecanismos para tal fin en los
lugares de atención al público y en los centros laborales
privados.

(...)"

"Artículo 12°.- Vigilancia del Ministerio de Salud

12.1 El Ministerio de Salud y las Direcciones
Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los
Gobiernos Regionales realizarán la vigilancia sanitaria, la
misma que incluye entre otras, el reconocimiento físico de
la señalización en los lugares referidos en los artículos 5,
8, 9 y 10 del Reglamento; la medición de presencia o no
de humo de tabaco en las zonas de los lugares que no
correspondan a las que se encuentran detalladas en el
numeral 6.1 del artículo 6° del presente Reglamento.

El Ministerio de Salud, en el ámbito de Lima
Metropolitana, y las Direcciones Regionales de Salud o
quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales,
impondrán las medidas de seguridad y sanciones, a que
hubiere lugar.

(...)"

**"Artículo 48°.- Potestad sancionadora de las
Municipalidades, de las Direcciones Regionales de
Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos
Regionales y del Ministerio de Salud.**

Las sanciones a las infracciones señaladas en el presente
Reglamento, deberán ser establecidas por las Municipalidades
competentes, en el marco de la potestad sancionadora
reconocida por el artículo 46° de la Ley N° 27972,
Ley Orgánica de Municipalidades; para lo cual emitirán las
Ordenanzas Municipales correspondientes; sin perjuicio de las
competencias conferidas al Ministerio de Salud, de acuerdo a
la Ley N° 26842, Ley General de Salud, o, en su caso, a las
Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces
en los Gobiernos Regionales".

**Artículo 2°.- Incorporación de Tabla de Infracciones
y Sanciones**

Incorpórese la Tabla de Infracciones y Sanciones que
forma parte del presente Decreto Supremo, como Anexo
N° 7 al Reglamento de la Ley N° 28705.

Artículo 3°.- Derogación
Deróguense todas las disposiciones que se opongan
al presente Decreto Supremo.

Artículo 4°.- Refrendo
El presente Decreto Supremo será refrendado por
la Ministra de Economía y Finanzas y por el Ministro de
Salud.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los trece
días del mes de enero del año dos mil diez.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

MERCEDES ARÁOZ FERNÁNDEZ
Ministra de Economía y Finanzas

OSCAR UGARTE UBILLUZ
Ministro de Salud

**ANEXO N° 7
TABLA DE INFRACCIONES Y SANCIONES**

INFRACCIÓN	ESCALA DE MULTAS APLICABLES		NOTAS
	Personas naturales y personas jurídicas con capital social menor o igual a 10 UIT	Personas jurídicas con capital social mayor a 10 UIT	
1) Fumar en lugares prohibidos, incluidas las unidades de transporte público.	Por cada ocurrencia: 0,1 UIT (aplicable sólo a personas naturales)		En el caso de transporte público, la empresa de transporte y el titular de la unidad de transporte responderán solidariamente frente a la Autoridad Municipal.
2) Permitir fumar en lugares prohibidos, incluidas las unidades de transporte público, incluida la detección de presencia de humo de tabaco.	0,5 UIT	1 UIT	

INFRACCIÓN	ESCALA DE MULTAS APLICABLES		NOTAS
	Personas naturales y personas jurídicas con capital social menor o igual a 10 UIT	Personas jurídicas con capital social mayor a 10 UIT	
3) Habilitar área para fumadores mayor a la permitida o que no cumpla con los requisitos establecidos en el Reglamento, así como por establecer áreas para fumadores en lugares no permitidos.	1 UIT	2.5 UIT	En el caso de venta de tabaco por menores de edad, se ordenará adicionalmente el decomiso de los bienes respectivos.
4) Comercializar productos de tabaco en los lugares consignados en el numeral 1 del artículo 11° de la Ley.	2 UIT, más el cierre temporal del establecimiento o suspensión de la licencia de comercialización, según corresponda.	5 UIT, más el cierre temporal del establecimiento o suspensión de la licencia de comercialización, según corresponda.	
5) Comercializar productos de tabaco con intervención de menores de 18 años de edad.	4 UIT y la cancelación de la licencia de funcionamiento o de comercialización del establecimiento, según corresponda.	10 UIT y la cancelación de la licencia de funcionamiento o de comercialización del establecimiento, según corresponda.	Ministerio de Salud o en su caso a las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales aplicará las sanciones que se refieren a la detección de presencia de humo de tabaco en los lugares habilitados para no fumadores, en cuyo caso, en la 4ta. ocurrencia solicitará a la Municipalidad respectiva, la cancelación de la licencia de funcionamiento del establecimiento.
6) No exhibir o exhibir inadecuadamente los carteles referidos en la Ley y el Reglamento.	0,1 UIT	0,5 UIT	En el caso de las máquinas expendedoras, los administradores de los establecimientos donde estén ubicadas y los propietarios de las máquinas, responderán solidariamente frente a la Autoridad Municipal.
7) Impedir, deteriorar o remover pruebas de contaminación ambiental.	0,5 UIT	1 UIT	
8) Infringir las disposiciones contenidas referidas al empleo de máquinas expendedoras.	1 UIT, más el cierre temporal del establecimiento o suspensión de la licencia de comercialización, según corresponda.	2.5 UIT más el cierre temporal del establecimiento o suspensión de la licencia de comercialización, según corresponda.	En el caso de venta de productos del tabaco en forma suelta, en paquetes menores a cinco (5) unidades o de cigarrillos sin filtro, se ordenará adicionalmente el decomiso de los bienes respectivos.
9) Infringir otras disposiciones de la Ley y el Reglamento relacionadas con la comercialización de productos del tabaco.	2 UIT y la cancelación de la licencia de funcionamiento o de comercialización del establecimiento, según corresponda.	5 UIT y la cancelación de la licencia de funcionamiento o de comercialización del establecimiento, según corresponda.	

445769-7

Designan Asesor de la Dirección General de Infraestructura, Equipamiento y Mantenimiento del Ministerio

RESOLUCIÓN MINISTERIAL
N° 019-2010/MINSA

Lima, 13 de enero del 2010

CONSIDERANDO:

Que se encuentra vacante el cargo y plaza de Asesor I, Nivel F-4, en la Dirección General de Infraestructura, Equipamiento y Mantenimiento del Ministerio de Salud, según lo dispuesto en el artículo 1° de la Resolución Ministerial N° 808-2009/MINSA;

Que por convenir al servicio resulta necesario designar al profesional correspondiente;

Con el visado de la Directora General de la Oficina General de Gestión de Recursos Humanos, de la Directora General de la Oficina General de Asesoría Jurídica y del Viceministro de Salud;

De conformidad con lo previsto en la Ley N° 27594, Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios; en la Ley N° 29465, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2010, en el literal I) del artículo 8° de la Ley N° 27657, Ley del Ministerio de Salud; en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobado por Decreto Legislativo N° 276 y en su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM;

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Designar al médico cirujano ORLANDO MARTÍN CLENDENES ALVARADO, en el cargo de Asesor I, Nivel F-4, de la Dirección General

de Infraestructura, Equipamiento y Mantenimiento del Ministerio de Salud.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

OSCAR RAUL UGARTE UBILLUZ
Ministro de Salud

445685-1

Dan por concluida la designación del Director del Centro de Prevención y Control de Emergencias de la Dirección de Salud II Lima Sur

RESOLUCIÓN MINISTERIAL
N° 020-2010/MINSA

Lima, 13 de enero del 2010

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución Ministerial N° 169-2009/MINSA del 20 de marzo de 2009, se designó al médico cirujano Renán Ríos Villagomez, en el cargo de Director del Centro de Prevención y Control de Emergencias de la Dirección de Salud II Lima Sur del Ministerio de Salud;

Que por convenir al servicio resulta necesario dar por concluida la designación antes citada;

Con el visado de la Directora General de la Oficina General de Gestión de Recursos Humanos, de la Directora General de la Oficina General de Asesoría Jurídica y del Viceministro de Salud;

De conformidad con lo previsto en la Ley N° 27594, Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios; en el literal I) del artículo 8° de la Ley N° 27657, Ley del Ministerio de

contiene dicho segmento, la parte más alta de la cabeza y la laringe.

d) Período de referencia: Período especificado de tiempo, establecido para el valor límite de un determinado agente químico. El período de referencia para el límite de larga duración es habitualmente de 8 horas, y para el de corta duración, 15 minutos.

e) Exposición ocupacional: Se define como la presencia de un agente químico en el aire de la zona de respiración del trabajador. Cuando este término se emplea sin calificativos hace siempre referencia a la vía respiratoria, es decir, a la exposición por inhalación.

Se cuantifican en términos de la concentración del agente obtenida de las mediciones de exposición, referida al mismo período de referencia que el utilizado para el valor límite aplicable. En consecuencia, pueden definirse dos tipos de exposición:

- Media Ponderada en el Tiempo (TWA)

Es la concentración media del agente químico en la zona de respiración del trabajador medida, o calculada de forma ponderada con respecto al tiempo, para la jornada estándar de 8 horas diarias.

Referir la concentración media a dicha jornada estándar implica considerar el conjunto de las distintas exposiciones del trabajador a lo largo de la jornada real de trabajo, cada una con su correspondiente duración, como equivalente a una única exposición uniforme de 8 horas.

La TWA, puede calcularse matemáticamente mediante la siguiente fórmula:

$$TWA = \frac{\sum Ci \cdot Ti}{8}$$

siendo:

- Σ : Sumatoria
- Ci : La concentración i-ésima
- Ti : Tiempo de exposición, en horas, asociado a cada valor Ci

Para los efectos del cálculo de la TWA de la jornada laboral, la suma de los tiempos de exposición que se han de considerar en el numerador de la fórmula anterior será igual a la duración real de la jornada en cuestión, expresada en horas.

- Exposición de corta duración: (STEL)

Es la concentración media del agente químico en la zona de respiración del trabajador, medida o calculada para cualquier período de 15 minutos a lo largo de la jornada laboral, excepto para aquellos agentes químicos para los que se especifique un período de referencia inferior, en la lista de Valores Límite.

Lo habitual es determinar las STEL de interés, es decir, las del período o períodos de máxima exposición, tomando muestras de 15 minutos de duración en cada uno de ellos.

f) Valores Límite Permisibles (TLVs): Son valores de referencia para las concentraciones de los agentes químicos en el aire, y representan condiciones a las cuales se cree que basándose en los conocimientos actuales, la mayoría de los trabajadores pueden estar expuestos día tras día, durante toda su vida laboral, sin sufrir efectos adversos para su salud.

Se habla de la mayoría y no de la totalidad puesto que, debido a la amplitud de las diferencias de respuesta existentes entre los individuos, basadas tanto en factores genéticos como en hábitos de vida, un pequeño porcentaje de trabajadores podría experimentar molestias a concentraciones inferiores a los TLV, e incluso resultar afectados más seriamente, por agravamiento de una condición

previa o por el desarrollo de una patología laboral.

Los TLV se establecen teniendo en cuenta la información disponible, procedente de la analogía físico-química de los agentes químicos de los estudios de experimentación animal y humana, de los estudios epidemiológicos y de la experiencia industrial.

Los TLV sirven exclusivamente para la evaluación y el control de los riesgos por inhalación de los agentes químicos incluidos en la Lista de Valores. Cuando uno de estos agentes puede ser absorbido por vía cutánea, ya sea por la manipulación directa del mismo, o por el contacto de los vapores con las partes desprotegidas de la piel, y esta aportación pueda resultar significativa para la dosis absorbida por el trabajador, el agente en cuestión aparece señalado en la lista con la notación "vía dérmica". Esta llamada advierte, por una parte, de que la medición de la concentración ambiental puede no ser suficiente para cuantificar la exposición global y, por otra, de la necesidad de adoptar medidas para prevenir la absorción cutánea.

El valor límite para los gases y vapores se establecen originalmente en ppm, valor independiente de las variables de temperatura y presión atmosférica, pudiendo también expresarse en mg/m³ para una temperatura de 25 °C y una presión de 760 mmHg, valor que depende de las citadas variables.

La conversión de ppm a mg/m³ se efectúa utilizando la siguiente ecuación:

$$\text{TLV} \frac{\text{mg}}{\text{m}^3} = \frac{(\text{TLV ppm}) \cdot (\text{Peso molecular del agente químico en gramos})}{24.45}$$

siendo 24,45 el volumen molar en litros en tales condiciones estándar.

El valor límite para la materia particulada no fibrosa se expresa en mg/m³ o submúltiplos; y el de fibras, en fibras/m³ o fibras/cm³, aplicándose en ambos casos para las condiciones reales de temperatura y presión atmosférica del puesto de trabajo.

CAPÍTULO III

DE LOS VALORES LÍMITE PERMISIBLES

Artículo 5.- Clasificación de Valores Límite Permisibles - TLV

Se consideran las siguientes categorías de TLV:

i. Valor Límite Permissible - Media Ponderada en el Tiempo (TLV - TWA)

Es el valor de referencia para la Media Ponderada en el Tiempo (TWA), la misma que ha sido definida en el artículo 4 del presente Reglamento.

Los TLV-TWA representan las condiciones en las cuales la mayoría de los trabajadores pueden estar expuestos 8 horas diarias y 40 horas semanales durante toda su vida laboral, sin sufrir efectos adversos a su salud.

ii. Valor Límite Permissible - Exposición de Corta Duración (TLV - STEL)

Es el valor de referencia para la Exposición de Corta Duración (STEL), tal como se ha definido en el artículo 4 del presente Reglamento.

El TLV - STEL no debe ser superado por ninguna STEL a lo largo de la jornada laboral.

Para aquellos agentes químicos que tienen efectos agudos reconocidos pero cuyos principales efectos tóxicos son de naturaleza crónica, el TLV-STEL constituye un complemento del TLV - TWA y, por tanto, la exposición a estos agentes se valorarán vinculando ambos límites.

Las exposiciones por encima del TLV-TWA hasta el valor STEL no deben tener una duración superior a 15 minutos ni repetirse más de cuatro veces al día. Debe haber por lo menos un período de 60 minutos entre exposiciones sucesivas de este rango.

iii. Valor Límite Permissible - Techo (TLV - Ceiling) ó TLV-C

Es la concentración que no se debe sobrepasar en ningún momento durante la exposición en el período de trabajo.

En caso que no sea posible realizar una medida instantánea, el TLV-C se puede fijar cuando las exposiciones son cortas mediante muestreos durante 15 minutos, excepto para aquellas sustancias que puedan causar irritación de inmediato.

Como acción preventiva, para el ingreso a ambientes donde se utilizan sustancias con valor límite techo, se deben usar equipos de protección respiratoria con filtros para neutralizar los gases.

Si además estas sustancias tienen acción sobre la piel o las mucosas, usar la protección adecuada.

Artículo 6.- Límites de Desviación (LD)

Los Límites de Desviación, pueden utilizarse para controlar las exposiciones por encima del TLV-TWA, dentro de una misma jornada de trabajo, de aquellos agentes químicos que lo tienen asignado. Nunca son límites independientes, sino complementarios de los TLV que se hayan establecido para el agente en cuestión, y tienen fundamento estadístico.

Para los agentes químicos que tienen asignado TLV-TWA pero no TLV-STEL, se establece el producto de 3 x TLV-TWA como valor que no deberá superarse durante más de 30 minutos en total a lo largo de la jornada de trabajo, no debiéndose exceder en ningún momento el valor de 5 x TLV-TWA.

Artículo 7.- Lista de Valores Límite Permisibles de Exposición Ocupacional.

Los agentes químicos considerados en este documento están distribuidos en la lista general de "Valores Límite Permisibles para Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo", donde se localizan los agentes químicos con sus valores límite identificados por sus números CAS, figurando en dos columnas los Valores Media Ponderada en el Tiempo (TLV-TWA) y los de Exposición de Corta Duración (TLV-STEL), indicándose además el peso molecular y, en la columna "Notas", informaciones complementarias de utilidad práctica. En la columna de los TLV-STEL, se han colocado los valores límite permisibles de algunos agentes químicos se encuentran precedidos de la letra "C" que corresponde al "Valor Techo" de la sustancia.

Para localizar los Valores Límites Permisibles de un determinado Agente Químico de este documento, se deberá consultar en primer lugar la lista de **Valores Límite Permisibles para Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo** <Anexo I>; en caso de no encontrarse, debe consultarse la lista de **Valores Límite Permisibles para Agentes Químicos Cancerígenos en el Ambiente de Trabajo** <Anexo II>. Complementariamente en el Anexo III, se listan los **Agentes Químicos Cancerígenos cuyos contactos deben evitarse**.

En la columna derecha de ambas tablas, se identifican las "notas" necesarias para las sustancias que así lo requieran según, sus características, cuyas definiciones figuran en el Anexo IV del presente Reglamento como **Notas del listado de Valores Límite Permisibles**.

Artículo 8.- Agentes Químicos Cancerígenos.

Los conocimientos actuales no permiten identificar niveles de exposición por debajo de los cuales no exista riesgo de que la mayoría de los agentes cancerígenos ocasionan efectos adversos sobre la salud.

No obstante, se admite la existencia de una relación exposición - probabilidad del efecto que permite deducir que, cuanto más baja sea la exposición a estos agentes, menor será el riesgo.

En estos casos, mantener la exposición por debajo de un máximo determinado no permitirá evitar completamente el riesgo, aunque sí podrá limitarlo. Por esta razón, los límites de exposición adoptados para algunas de estas sustancias cancerígenas, no constituyen referencia para garantizar la protección de la salud, sino unas referencias máximas para la adopción de las medidas de protección y el control del ambiente de los puestos de trabajo.

En el anexo II, se presenta la Tabla sobre **Valores Límite Permisibles para Agentes Químicos Cancerígenos en el Ambiente de Trabajo** clasificados como carcinogénicos de categoría 1, 2, 3 y 4 <A1, A2, A3 y A4>, con sus respectivos valores límites de exposición asignados. Estos límites responden a las consideraciones anotadas en el anexo; los límites de exposición que figuran en ellas, son valores de referencia para la concentración media ponderada en el tiempo <TWA>, tal como fue definida en el artículo 4 del presente Reglamento.

No obstante, la exposición a los agentes cancerígenos por encima del valor límite, dentro de una misma jornada de trabajo, también debe ser controlada. Por esta razón se deberán tener en cuenta, además, los límites de desviación definidos en el artículo 6 del presente Reglamento.

Es importante resaltar a todas las sustancias asignadas con valores límite y la aplicación de las medidas para la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a los agentes cancerígenos durante la jornada laboral.

En el Anexo III, del presente Reglamento se presenta la lista de "Sustancias Cancerígenas cuyos contactos deben evitarse", y que por lo tanto, carece de valor límite permisible. Algunas de estas sustancias se encuentran en el Decreto Supremo N° 039-93-PCM "Reglamento de Prevención y Control de Cáncer Profesional" y su modificatoria, Decreto Supremo N° 007-93-TR.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

Primera.- Mezclas de Agentes Químicos

Los TLVs se establecen para agentes químicos específicos y no para las mezclas de éstos. Sin embargo, cuando se hallen presentes en el ambiente varios agentes que ejercen la misma acción sobre los mismos órganos o sistemas, su efecto resulta combinado y requiere una consideración preferente.

Dicho efecto combinado debe ser considerado como aditivo, salvo que se disponga de información que indique que los efectos son sinérgicos o bien independientes.

De acuerdo con lo anterior, la comparación con los valores límite ha de hacerse calculando:

$$\sum \frac{E_i}{TLV_i}$$

donde:

E_i : Representan las exposiciones (concentración) a los distintos agentes presentes.

TLV_i : Los valores límite respectivos. Si el resultado obtenido es mayor que la unidad, ha de entenderse que se ha superado el TLV para la mezcla en cuestión.

El cálculo anterior es aplicable, tanto en la comparación de TWA con TLV-TWA, como a la del STEL con TLV-STEL.

Segunda.- Valoración de los Resultados de las Concentraciones Medias Ponderadas

En general, el TLV - TWA de cualquier agente químico no debe ser superado por la TWA a dicho agente en ninguna jornada laboral.

No obstante, en casos justificados cabe una valoración de base semanal, y no diaria. En este sentido, para que resulte aceptable el empleo de esta base semanal de valoración, es preciso que se cumplan las siguientes condiciones:

* Que se trate de un agente químico de largo período de inducción, es decir, capaz de producir efectos adversos para la salud sólo tras exposiciones repetidas a lo largo de meses o años.

* Que existan variaciones sistemáticas, esto es, derivadas de distintas situaciones de exposición, entre las TWA de diferentes jornadas.

En tales casos, el parámetro de exposición que se compara con el TLV-TWA es la Exposición Semanal (ES), que se calcula de acuerdo con la siguiente fórmula.

$$ES = \sum \frac{TWA_i}{n}$$

donde:

- TWA_i : Son las concentraciones medias ponderadas en los tiempos diarios correspondientes a los sucesivos días de la semana de trabajo. Naturalmente, en todos los casos habrá de valorarse la situación, además, de acuerdo con las restantes categorías de los Valores Límite Permisibles que resulten aplicables.
- n : Cantidad de días de la semana laboral.

Tercera.- Tamaño selectivo de las partículas

a. Masa de Partículas Inhalable: MPI Conocida como inspirable, corresponde a aquellas partículas que se inhalan y resultan peligrosas cuando se depositan en cualquier parte del tracto respiratorio.

b. Masa de Partículas Torácica: MPT Está constituida por material particulado que penetra en la laringe y es peligrosa al depositarse en cualquier parte del tórax.

c. Masa de Partículas Respirable: MPR Abarca a las partículas que penetran a través de los bronquiólos terminales y que son peligrosas si se depositan dentro de la región de intercambio de gases de los pulmones.

Cuarta.- Actualización de los valores de las sustancias químicas

Por Resolución Ministerial se procederá a actualizar cada dos años los valores de las sustancias químicas que forman parte de los Anexos I, II y III, así como la incorporación de nuevas sustancias conforme a los avances científicos y tecnológicos.

Enlace Web: Anexos (PDF)

DECRETO SUPREMO N° 015-2005-SA

CONCORDANCIAS: D.S. N° 055-2010-EM, Arts. 103 y 236 (Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional y otras medidas complementarias en minería)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, conforme a los artículos 2 inciso 22) y artículo 7 de la Constitución Política del Perú, toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida y que todos tienen derecho a la protección de su salud, como condición indispensable para el desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo;

Que, el Ministerio de Salud como órgano del Poder Ejecutivo, tiene la obligación de dictar medidas necesarias para la protección de la salud los trabajadores contra los riesgos de exposición a sustancias químicas en los ambientes de trabajo, acórdese con lo previsto en el Título Preliminar de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud y en el Convenio sobre el cáncer profesional - Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 139, el mismo que fue ratificado por el Perú en noviembre de 1976 mediante Ley N° 21601, que dispone que se deberán establecer las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra los riesgos de exposición a sustancias y agentes cancerígenos;

Que, el Reglamento sobre Valores Límite Permisibles para Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 0258-75-SA a la fecha tiene limitaciones en los componentes que regula, debido a que es una norma que requiere actualizar y completar, debido a que no regula sobre cantidad de sustancias químicas que actualmente se vienen utilizando en el país;

Que, las exposiciones a sustancias químicas de uso industrial, aún en concentraciones próximas o debajo del límite permisible, pueden ocasionar efectos adversos a la salud de los trabajadores a mediano o largo plazo;

Que, es necesario aprobar el nuevo Reglamento sobre Valores Límite Permisibles para Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo, en la que se incorpora información, conceptos y definiciones actualizados a la fecha, los cuales se basan en los avances científicos;

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 118 inciso 8) de la Constitución Política del Perú, en el Decreto Legislativo N° 560 - Ley del Poder Ejecutivo, en la Ley, N° 26842 - Ley General de Salud;

DECRETA:

Artículo 1.- Aprobar el Reglamento sobre Valores Límite Permisibles para Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo, el mismo que consta de Tres (3) Capítulos, Ocho (8) Artículos, Cuatro (4) Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales, y Cuatro (4) Anexos, que forman parte integrante del presente Reglamento.

Artículo 2.- Derogar el Decreto Supremo N° 0258-75-SA, así como toda disposición que se oponga al presente Decreto Supremo.

Artículo 3.- El presente Decreto Supremo será refrendado por la Ministra de Salud.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los cuatro días del mes de julio del año dos mil cinco.

ALEJANDRO TOLEDO
Presidente Constitucional de la República

PILAR MAZZETTI SOLER
Ministra de Salud

REGLAMENTO SOBRE VALORES LÍMITE PERMISIBLES PARA AGENTES QUÍMICOS EN EL AMBIENTE DE TRABAJO

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

Artículo 1.- Objetivos

Los Valores Límite Permisibles se establecen para proteger la salud de los trabajadores de toda actividad ocupacional y a su descendencia, mediante la evaluación cuantitativa y para el control de riesgos inherentes a la exposición, principalmente por inhalación, de agentes químicos presentes en los puestos de trabajo.

Artículo 2.- Ámbito de Aplicación

La presente norma se aplicará a nivel nacional en todos los ambientes de trabajo donde se utilicen agentes o sustancias químicas o cancerígenas que puedan ocasionar riesgos y/o daños a la salud y seguridad de los trabajadores. Asimismo, dichos valores deben ser aplicados por profesionales con conocimiento en temas vinculados a la Salud e Higiene Ocupacional.

Artículo 3.- Principios.

Los Valores Límite Permisibles:

- a. Constituyen valores de referencia.
- b. No representan una barrera definida de separación entre situaciones seguras y peligrosas.
- c. Se establecen para su aplicación exclusiva en la práctica de la Higiene Ocupacional y no podrá aplicarse para la evaluación de la contaminación medioambiental de una población, contaminación del agua o alimentos, estimación de índices relativos de toxicidad de los agentes químicos o como prueba del origen, laboral o no, de una enfermedad o estado físico existente.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS TECNICOS

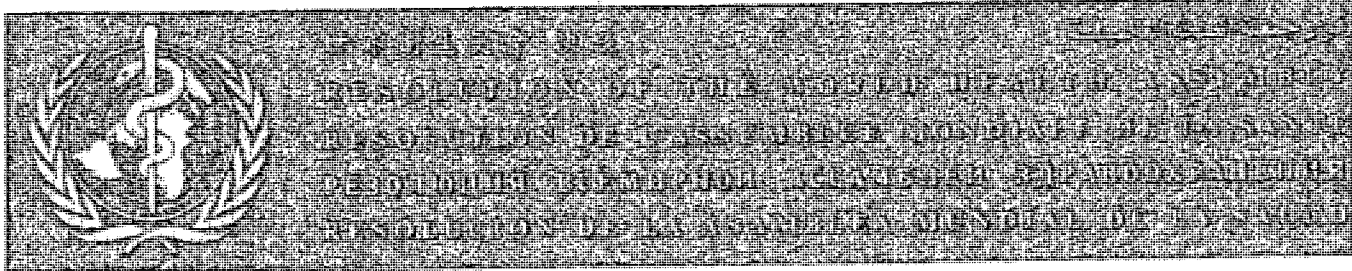
Artículo 4.- Definiciones

Para efectos del presente reglamento, se aplicarán las siguientes definiciones:

a) **Agente Químico:** Todo elemento o compuesto químico, por sí solo o mezclado, tal como se presenta en estado natural o es producido; utilizado o vertido, incluido el vertido como residuo, en una actividad laboral, se haya elaborado o no de modo intencional y se haya comercializado o no.

b) **Puesto de trabajo:** Comprenden tanto al conjunto de actividades que están encomendadas al trabajador, como al espacio físico donde desarrolla su trabajo.

c) **Zona de respiración:** El espacio alrededor de la cara del trabajador del que éste toma el aire que respira. Con fines técnicos, una definición más precisa es la siguiente: semiesfera de 0,3 m de radio que se extiende por delante de la cara del trabajador, cuyo centro se localiza en el punto medio del segmento imaginario que une ambos oídos y cuya base está constituida por el plano que



56ª ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD

WHA56.1

Punto 13 del orden del día

21 de mayo de 2003

Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco

La 56ª Asamblea Mundial de la Salud,

Recordando sus resoluciones WHA/49.17 y WHA/52.18, en las que se pide que se elabore un convenio marco de la OMS para el control del tabaco de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 19 de la Constitución de la OMS;

Resuelta a proteger a las generaciones presentes y futuras del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco;

Observando con honda preocupación el importante aumento del número de personas que fuman o de alguna otra manera consumen tabaco en todo el mundo;

Reconociendo con beneplácito el informe del Presidente del Órgano de Negociación Intergubernamental acerca de los resultados de los trabajos de dicho Órgano;

Convencida de que este convenio representa una iniciativa pionera para el progreso de la acción nacional, regional e internacional y la cooperación mundial encaminada a proteger a la salud humana de los efectos devastadores del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, y consciente de que debe prestarse una atención especial a la situación particular de los países en desarrollo y de los países con economías en transición;

Subrayando la necesidad de una rápida entrada en vigor y una aplicación efectiva del convenio,

1. ADOPTA el Convenio anexo a la presente resolución;
2. OBSERVA, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 34 del Convenio, que éste se hallará abierto a la firma en la sede de la OMS en Ginebra del 16 de junio de 2003 al 22 de junio de 2003, y posteriormente en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, del 30 de junio de 2003 al 29 de junio de 2004;
3. EXHORTA a todos los Estados y organizaciones de integración económica regional facultadas para ello a que consideren la posibilidad de firmar, ratificar, aceptar, aprobar y confirmar formalmente el Convenio o adherirse a él a la mayor brevedad, a fin de que entre en vigor lo antes posible;

WHA56.1

4. INSTA a todos los Estados y organizaciones de integración económica regional a que, a la espera de que entre en vigor el Convenio, adopten todas las medidas oportunas para frenar el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco;
5. INSTA a todos los Estados Miembros, organizaciones de integración económica regional, observadores y demás partes interesadas a que apoyen las actividades preparatorias mencionadas en esta resolución y fomenten efectivamente la pronta entrada en vigor y la aplicación del Convenio;
6. EXHORTA a las Naciones Unidas e invita a otras organizaciones internacionales pertinentes a que sigan respaldando el fortalecimiento de los programas nacionales e internacionales de control del tabaco;
7. DECIDE establecer, con arreglo al artículo 42 del Reglamento Interior de la Asamblea de la Salud, un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta del que podrán formar parte todos los Estados y organizaciones de integración económica regional a que se refiere el artículo 34 del Convenio, para examinar y preparar propuestas acerca de las cuestiones que en el Convenio se considera que podrían ser objeto de examen en la primera reunión de la Conferencia de las Partes, o sobre las que ésta podría adoptar alguna decisión, según proceda; entre esas cuestiones habrían de figurar las siguientes:
 - 1) un reglamento interior de la Conferencia de las Partes (artículo 23.3), con inclusión de criterios para la participación de observadores en las reuniones de la Conferencia de las Partes (artículo 23.6);
 - 2) opciones para la designación de una secretaría permanente y disposiciones para su funcionamiento (artículo 24.1);
 - 3) normas de gestión financiera para la Conferencia de las Partes y sus órganos subsidiarios, y disposiciones financieras que rijan el funcionamiento de la secretaría (artículo 23.4);
 - 4) un proyecto de presupuesto para el primer ejercicio financiero (artículo 23.4);
 - 5) el examen de las fuentes y mecanismos existentes y potenciales de asistencia a las Partes para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Convenio (artículo 26.5);
8. DECIDE ASIMISMO que el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta también supervise los preparativos de la primera reunión de la Conferencia de las Partes, y que le rinda cuentas directamente;
9. RESUELVE que las decisiones que ha adoptado el Órgano de Negociación Intergubernamental sobre el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco en relación con la participación de las organizaciones no gubernamentales se apliquen a las actividades del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta;
10. PIDE a la Directora General:
 - 1) que asegure las funciones de secretaría del Convenio hasta que se designe y establezca una secretaría permanente;
 - 2) que adopte las medidas necesarias para prestar apoyo a los Estados Miembros, en particular a los países en desarrollo y los países con economías en transición, en la preparación para la entrada en vigor del Convenio;

- 3) que convoque reuniones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, con la frecuencia que proceda, entre el 16 de junio de 2003 y la primera reunión de la Conferencia de las Partes;
- 4) que siga velando por que la OMS desempeñe un papel decisivo en la aportación de asesoramiento técnico, orientación y apoyo para el control mundial del tabaco;
- 5) que mantenga a la Asamblea de la Salud informada sobre los progresos realizados para la entrada en vigor del Convenio y sobre los preparativos de la primera reunión de la Conferencia de las Partes.

ANEXO

Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco***Preámbulo***

Las Partes en el presente Convenio,

Determinadas a dar prioridad a su derecho de proteger la salud pública,

Reconociendo que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública, que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral,

Teniendo en cuenta la inquietud de la comunidad internacional por las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, económicas y ambientales del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco en el mundo entero,

Seramente preocupadas por el aumento del consumo y de la producción de cigarrillos y otros productos de tabaco en el mundo entero, particularmente en los países en desarrollo, y por la carga que ello impone en las familias, los pobres y en los sistemas nacionales de salud,

Reconociendo que la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco, o a consumir de cualquier otra manera productos de tabaco,

Reconociendo además que los cigarrillos y algunos otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera muy sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia, que muchos de los compuestos que contienen y el humo que producen son farmacológicamente activos, tóxicos, mutágenos y cancerígenos, y que la dependencia del tabaco figura como un trastorno aparte en las principales clasificaciones internacionales de enfermedades,

Reconociendo también que existen claras pruebas científicas de que la exposición prenatal al humo de tabaco genera condiciones adversas para la salud y el desarrollo del niño,

Profundamente preocupadas por el importante aumento del número de fumadores y de consumidores de tabaco en otras formas entre los niños y adolescentes en el mundo entero, y particularmente por el hecho de que se comience a fumar a edades cada vez más tempranas,

Alarmadas por el incremento del número de fumadoras y de consumidoras de tabaco en otras formas entre las mujeres y las niñas en el mundo entero y teniendo presente la necesidad de una plena participación de la mujer en todos los niveles de la formulación y aplicación de políticas, así como la necesidad de estrategias de control del tabaco específicas en función del género,

Profundamente preocupadas por el elevado número de miembros de pueblos indígenas que fuman o de alguna otra manera consumen tabaco,

Seramente preocupadas por el impacto de todas las formas de publicidad, promoción y patrocinio encaminadas a estimular el consumo de productos de tabaco,

Reconociendo que se necesita una acción cooperativa para eliminar toda forma de tráfico ilícito de cigarrillos y otros productos de tabaco, incluidos el contrabando, la fabricación ilícita y la falsificación,

Reconociendo que el control del tabaco en todos los niveles, y particularmente en los países en desarrollo y en los países con economías en transición, necesita de recursos financieros y técnicos suficientes adecuados a las necesidades actuales y previstas para las actividades de control del tabaco,

Reconociendo la necesidad de establecer mecanismos apropiados para afrontar las consecuencias sociales y económicas que tendrá a largo plazo el éxito de las estrategias de reducción de la demanda de tabaco,

Conscientes de las dificultades sociales y económicas que pueden generar a mediano y largo plazo los programas de control del tabaco en algunos países en desarrollo o con economías en transición, y reconociendo la necesidad de asistencia técnica y financiera en el contexto de las estrategias de desarrollo sostenible formuladas a nivel nacional,

Conscientes de la valiosa labor que sobre el control del tabaco llevan a cabo muchos Estados y destacando el liderazgo de la Organización Mundial de la Salud y los esfuerzos desplegados por otros organismos y órganos del sistema de las Naciones Unidas, así como por otras organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales en el establecimiento de medidas de control del tabaco,

Destacando la contribución especial que las organizaciones no gubernamentales y otros miembros de la sociedad civil no afiliados a la industria del tabaco, entre ellos órganos de las profesiones sanitarias, asociaciones de mujeres, de jóvenes, de defensores del medio ambiente y de consumidores e instituciones docentes y de atención sanitaria, han aportado a las actividades de control del tabaco a nivel nacional e internacional, así como la importancia decisiva de su participación en las actividades nacionales e internacionales de control del tabaco,

Reconociendo la necesidad de mantener la vigilancia ante cualquier intento de la industria del tabaco de socavar o desvirtuar las actividades de control del tabaco, y la necesidad de estar informados de las actuaciones de la industria del tabaco que afecten negativamente a las actividades de control del tabaco,

Recordando el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en el que se declara que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental,

Recordando asimismo el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en el que se afirma que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social,

Decididas a promover medidas de control del tabaco basadas en consideraciones científicas, técnicas y económicas actuales y pertinentes,

Recordando que en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, se

establece que los Estados Partes en dicha Convención adoptarán medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica,

Recordando además que en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se establece que los Estados Partes en dicha Convención reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud,

Han acordado lo siguiente:

PARTE I: INTRODUCCIÓN

Artículo 1

Lista de expresiones utilizadas

Para los efectos del presente Convenio:

- a) «comercio ilícito» es toda práctica o conducta prohibida por la ley, relativa a la producción, envío, recepción, posesión, distribución, venta o compra, incluida toda práctica o conducta destinada a facilitar esa actividad;
- b) una «organización de integración económica regional» es una organización integrada por Estados soberanos a la que sus Estados Miembros han traspasado competencia respecto de una diversidad de asuntos, inclusive la facultad de adoptar decisiones vinculantes para sus Estados Miembros en relación con dichos asuntos;¹
- c) por «publicidad y promoción del tabaco» se entiende toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco;
- d) el «control del tabaco» comprende diversas estrategias de reducción de la oferta, la demanda y los daños con objeto de mejorar la salud de la población eliminando o reduciendo su consumo de productos de tabaco y su exposición al humo de tabaco;
- e) la «industria tabacalera» abarca a los fabricantes, distribuidores mayoristas e importadores de productos de tabaco;
- f) la expresión «productos de tabaco» abarca los productos preparados totalmente o en parte utilizando como materia prima hojas de tabaco y destinados a ser fumados, chupados, mascados o utilizados como rapé;
- g) por «patrocinio del tabaco» se entiende toda forma de contribución a cualquier acto, actividad o individuo con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco.

¹ Cuando proceda, el término «nacional» se referirá a las organizaciones de integración económica regionales.

Artículo 2*Relación entre el presente Convenio y otros acuerdos e instrumentos jurídicos*

1. Para proteger mejor la salud humana, se alienta a las Partes a que apliquen medidas que vayan más allá de las estipuladas por el presente Convenio y sus protocolos, y nada en estos instrumentos impedirá que una Parte imponga exigencias más estrictas que sean compatibles con sus disposiciones y conformes al derecho internacional.
2. Las disposiciones del Convenio y de sus protocolos no afectarán en modo alguno al derecho de las Partes a concertar acuerdos bilaterales o multilaterales, incluso acuerdos regionales o subregionales, sobre cuestiones relacionadas con el Convenio y sus protocolos o sobre cuestiones adicionales, a condición de que dichos acuerdos sean compatibles con sus obligaciones establecidas por el presente Convenio y sus protocolos. Las Partes interesadas notificarán esos acuerdos a la Conferencia de las Partes por conducto de la Secretaría.

PARTE II: OBJETIVO, PRINCIPIOS BÁSICOS Y OBLIGACIONES GENERALES**Artículo 3***Objetivo.*

El objetivo de este Convenio y de sus protocolos es proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco proporcionando un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco.

Artículo 4*Principios básicos*

Para alcanzar los objetivos del Convenio y de sus protocolos y aplicar sus disposiciones, las Partes se guiarán, entre otros, por los principios siguientes:

1. Todos deben estar informados de las consecuencias sanitarias, la naturaleza adictiva y la amenaza mortal del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco y se deben contemplar en el nivel gubernamental apropiado medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas para proteger a todas las personas del humo de tabaco.
2. Se requiere un compromiso político firme para establecer y respaldar, a nivel nacional, regional e internacional, medidas multisectoriales integrales y respuestas coordinadas, tomando en consideración lo siguiente:
 - a) la necesidad de adoptar medidas para proteger a todas las personas de la exposición al humo de tabaco;
 - b) la necesidad de adoptar medidas para prevenir el inicio, promover y apoyar el abandono y lograr una reducción del consumo de productos de tabaco en cualquiera de sus formas;

- c) la necesidad de adoptar medidas para promover la participación de las personas y comunidades indígenas en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de programas de control del tabaco que sean socialmente y culturalmente apropiados para sus necesidades y perspectivas; y
- d) la necesidad de adoptar medidas para que, cuando se elaboren estrategias de control del tabaco, se tengan en cuenta los riesgos relacionados específicamente con el género.
3. La cooperación internacional, particularmente la transferencia de tecnología, conocimientos y asistencia financiera, así como la prestación de asesoramiento especializado, con el objetivo de establecer y aplicar programas eficaces de control del tabaco tomando en consideración los factores culturales, sociales, económicos, políticos y jurídicos locales es un elemento importante del presente Convenio.
4. Se deben adoptar a nivel nacional, regional e internacional medidas y respuestas multisectoriales integrales para reducir el consumo de todos los productos de tabaco, a fin de prevenir, de conformidad con los principios de la salud pública, la incidencia de las enfermedades, la discapacidad prematura y la mortalidad debidas al consumo de tabaco y a la exposición al humo de tabaco.
5. Las cuestiones relacionadas con la responsabilidad, según determine cada Parte en su jurisdicción, son un aspecto importante del control total del tabaco.
6. Se debe reconocer y abordar la importancia de la asistencia técnica y financiera para ayudar a realizar la transición económica a los cultivadores y trabajadores cuyos medios de vida queden gravemente afectados como consecuencia de los programas de control del tabaco, en las Partes que sean países en desarrollo y en las que tengan economías en transición, y ello se debe hacer en el contexto de estrategias nacionales de desarrollo sostenible.
7. La participación de la sociedad civil es esencial para conseguir el objetivo del Convenio y de sus protocolos.

Artículo 5

Obligaciones generales

1. Cada Parte formulará, aplicará, actualizará periódicamente y revisará estrategias, planes y programas nacionales multisectoriales integrales de control del tabaco, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de los protocolos a los que se haya adherido.
2. Con ese fin, cada Parte, con arreglo a su capacidad:
- a) establecerá o reforzará y financiará un mecanismo coordinador nacional o centros de coordinación para el control del tabaco; y
- b) adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/o otras medidas eficaces y cooperará, según proceda, con otras Partes en la elaboración de políticas apropiadas para prevenir y reducir el consumo de tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco.
3. A la hora de establecer y aplicar sus políticas de salud pública relativas al control del tabaco, las Partes actuarán de una manera que proteja dichas políticas contra los intereses comerciales y otros intereses creados de la industria tabacalera, de conformidad con la legislación nacional.

4. Las Partes cooperarán en la formulación de propuestas sobre medidas, procedimientos y directrices para la aplicación del Convenio y de los protocolos a los que se hayan adherido.
5. Las Partes cooperarán según proceda con las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales y otros órganos competentes para alcanzar los objetivos del Convenio y de los protocolos a los que se hayan adherido.
6. Las Partes, con arreglo a los medios y recursos de que dispongan, cooperarán a fin de obtener recursos financieros para aplicar efectivamente el Convenio mediante mecanismos de financiamiento bilaterales y multilaterales.

PARTE III: MEDIDAS RELACIONADAS CON LA REDUCCIÓN DE LA DEMANDA DE TABACO

Artículo 6

Medidas relacionadas con los precios e impuestos para reducir la demanda de tabaco

1. Las Partes reconocen que las medidas relacionadas con los precios e impuestos son un medio eficaz e importante para que diversos sectores de la población, en particular los jóvenes, reduzcan su consumo de tabaco.
2. Sin perjuicio del derecho soberano de las Partes a decidir y establecer su propia política tributaria, cada Parte tendrá en cuenta sus objetivos nacionales de salud en lo referente al control del tabaco y adoptará o mantendrá, según proceda, medidas como las siguientes:
 - a) aplicar a los productos de tabaco políticas tributarias y, si corresponde, políticas de precios para contribuir al logro de los objetivos de salud tendentes a reducir el consumo de tabaco; y
 - b) prohibir o restringir, según proceda, la venta y/o la importación de productos de tabaco libres de impuestos y libres de derechos de aduana por los viajeros internacionales.
3. De conformidad con el artículo 21, en sus informes periódicos a la Conferencia de las Partes, éstas comunicarán las tasas impositivas aplicadas a los productos de tabaco y las tendencias del consumo de dichos productos.

Artículo 7

Medidas no relacionadas con los precios para reducir la demanda de tabaco

Las Partes reconocen que las medidas integrales no relacionadas con los precios son un medio eficaz e importante para reducir el consumo de tabaco. Cada Parte adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces que sean necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones dimanantes de los artículos 8 a 13 y cooperará con las demás Partes según proceda, directamente o por intermedio de los organismos internacionales competentes, con miras a su cumplimiento. La Conferencia de las Partes propondrá directrices apropiadas para la aplicación de lo dispuesto en esos artículos.

Artículo 8*Protección contra la exposición al humo de tabaco*

1. Las Partes reconocen que la ciencia ha demostrado de manera inequívoca que la exposición al humo de tabaco es causa de mortalidad, morbilidad y discapacidad.
2. Cada Parte adoptará y aplicará, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales.

Artículo 9*Reglamentación del contenido de los productos de tabaco*

La Conferencia de las Partes, en consulta con los órganos internacionales competentes, propondrá directrices sobre el análisis y la medición del contenido y las emisiones de los productos de tabaco y sobre la reglamentación de esos contenidos y emisiones. Cada Parte adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas y administrativas u otras medidas eficaces aprobadas por las autoridades nacionales competentes para que se lleven a la práctica dichos análisis y mediciones y esa reglamentación.

Artículo 10*Reglamentación de la divulgación de información sobre los productos de tabaco*

Cada Parte adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces para exigir que los fabricantes e importadores de productos de tabaco revelen a las autoridades gubernamentales la información relativa al contenido y las emisiones de los productos de tabaco. Cada Parte adoptará y aplicará asimismo medidas eficaces para que se revele al público la información relativa a los componentes tóxicos de los productos de tabaco y las emisiones que éstos pueden producir.

Artículo 11*Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco*

1. Cada Parte, dentro de un periodo de tres años a partir de la entrada en vigor del Convenio para esa Parte, adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces para conseguir lo siguiente:
 - a) que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros, por ejemplo expresiones tales como «con bajo contenido de alquitrán», «ligeros», «ultra ligeros» o «suaves»; y
 - b) que en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos figuren también advertencias sanitarias que describan los efectos noci-

vos del consumo de tabaco, y que puedan incluirse otros mensajes apropiados. Dichas advertencias y mensajes:

- i) serán aprobados por las autoridades nacionales competentes;
- ii) serán rotativos;
- iii) serán grandes, claros, visibles y legibles;
- iv) deberían ocupar el 50% o más de las superficies principales expuestas y en ningún caso menos del 30% de las superficies principales expuestas;
- v) podrán consistir en imágenes o pictogramas, o incluirlos.

2. Todos los paquetes y envases de productos de tabaco y todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos, además de las advertencias especificadas en el párrafo 1(b) de este artículo, contendrán información sobre los componentes pertinentes de los productos de tabaco y de sus emisiones de conformidad con lo definido por las autoridades nacionales.

3. Cada Parte exigirá que las advertencias y la información textual especificadas en los párrafos 1(b) y 2 del presente artículo figuren en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos en su idioma o idiomas principales.

4. A efectos del presente artículo, la expresión «empaquetado y etiquetado externos» en relación con los productos de tabaco se aplica a todo envasado y etiquetado utilizados en la venta al por menor del producto.

Artículo 12

Educación, comunicación, formación y concientización del público

Cada Parte promoverá y fortalecerá la concientización del público acerca de las cuestiones relativas al control del tabaco utilizando de forma apropiada todos los instrumentos de comunicación disponibles. Con ese fin, cada Parte adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces para promover lo siguiente:

- a) un amplio acceso a programas integrales y eficaces de educación y concientización del público sobre los riesgos que acarrearán para la salud el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco, incluidas sus propiedades adictivas;
- b) la concientización del público acerca de los riesgos que acarrearán para la salud el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco, así como de los beneficios que reportan el abandono de dicho consumo y los modos de vida sin tabaco, conforme a lo especificado en el párrafo 2 del artículo 14;
- c) el acceso del público, de conformidad con la legislación nacional, a una amplia variedad de información sobre la industria tabacalera que revista interés para el objetivo del presente Convenio;
- d) programas eficaces y apropiados de formación o sensibilización y concientización sobre el control del tabaco dirigidos a personas tales como profesionales de la salud, trabajadores de la co-

munidad, asistentes sociales, profesionales de la comunicación, educadores, responsables de las políticas, administradores y otras personas interesadas;

e) la concientización y la participación de organismos públicos y privados y organizaciones no gubernamentales no asociadas a la industria tabacalera en la elaboración y aplicación de programas y estrategias intersectoriales de control del tabaco; y

f) el conocimiento público y el acceso a la información sobre las consecuencias sanitarias, económicas y ambientales adversas de la producción y el consumo de tabaco.

Artículo 13

Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco

1. Las Partes reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco.

2. Cada Parte, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dicha prohibición comprenderá, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos originados en su territorio. A este respecto, cada Parte, dentro de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Convenio para la Parte en cuestión, adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.

3. La Parte que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total debido a las disposiciones de su constitución o sus principios constitucionales aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dichas restricciones comprenderán, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, la restricción o una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio originados en su territorio que tengan efectos transfronterizos. A este respecto, cada Parte adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.

4. Como mínimo, y de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, cada Parte:

a) prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones;

b) exigirá que toda publicidad de tabaco y, según proceda, su promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario o de otro tipo pertinente;

c) restringirá el uso de incentivos directos o indirectos que fomenten la compra de productos de tabaco por parte de la población;

d) exigirá, si no ha adoptado una prohibición total, que se revelen a las autoridades gubernamentales competentes los gastos efectuados por la industria del tabaco en actividades de publicidad, promoción y patrocinio aún no prohibidas. Dichas autoridades podrán decidir que esas cifras, a re-

60

serva de lo dispuesto en la legislación nacional, se pongan a disposición del público y de la Conferencia de las Partes de conformidad con el artículo 21;

e) procederá dentro de un plazo de cinco años a una prohibición total o, si la Parte no puede imponer una prohibición total debido a su constitución o sus principios constitucionales, a la restricción de la publicidad, la promoción y el patrocinio por radio, televisión, medios impresos y, según proceda, otros medios, como Internet; y

f) prohibirá o, si la Parte no puede imponer la prohibición debido a su constitución o sus principios constitucionales, restringirá el patrocinio de acontecimientos y actividades internacionales o de participantes en las mismas por parte de empresas tabacaleras.

5. Se alienta a las Partes a que pongan en práctica medidas que vayan más allá de las obligaciones establecidas en el párrafo 4.

6. Las Partes cooperarán en el desarrollo de tecnologías y de otros medios necesarios para facilitar la eliminación de la publicidad transfronteriza.

7. Las Partes que hayan prohibido determinadas formas de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco tendrán el derecho soberano de prohibir las formas de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizos de productos de tabaco que penetren en su territorio, así como de imponerles las mismas sanciones previstas para la publicidad, la promoción y el patrocinio que se originen en su territorio, de conformidad con la legislación nacional. El presente párrafo no respalda ni aprueba ninguna sanción en particular.

8. Las Partes considerarán la elaboración de un protocolo en el cual se establezcan medidas apropiadas que requieran colaboración internacional para prohibir completamente la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos.

Artículo 14

Medidas de reducción de la demanda relativas a la dependencia y al abandono del tabaco

1. Cada Parte elaborará y difundirá directrices apropiadas, completas e integradas, basadas en pruebas científicas y en las mejores prácticas, teniendo presentes las circunstancias y prioridades nacionales, y adoptará medidas eficaces para promover el abandono del consumo de tabaco y el tratamiento adecuado de la dependencia del tabaco.

2. Con ese fin, cada Parte procurará lo siguiente:

a) idear y aplicar programas eficaces de promoción del abandono del consumo de tabaco en lugares tales como instituciones docentes, unidades de salud, lugares de trabajo y entornos deportivos;

b) incorporar el diagnóstico y el tratamiento de la dependencia del tabaco y servicios de asesoramiento sobre el abandono del tabaco en programas, planes y estrategias nacionales de salud y educación, con la participación de profesionales de la salud, trabajadores comunitarios y asistentes sociales, según proceda;

c) establecer en los centros de salud y de rehabilitación programas de diagnóstico, asesoramiento, prevención y tratamiento de la dependencia del tabaco; y

- d) colaborar con otras Partes para facilitar la accesibilidad y asequibilidad de los tratamientos de la dependencia del tabaco, incluidos productos farmacéuticos, de conformidad con el artículo 22. Dichos productos y sus componentes pueden ser medicamentos, productos usados para administrar medicamentos y medios diagnósticos cuando proceda.

PARTE IV: MEDIDAS RELACIONADAS CON LA REDUCCIÓN DE LA OFERTA DE TABACO

Artículo 15

Comercio ilícito de productos de tabaco¹

1. Las Partes reconocen que la eliminación de todas las formas de comercio ilícito de productos de tabaco, como el contrabando, la fabricación ilícita y la falsificación, y la elaboración y aplicación a este respecto de una legislación nacional y de acuerdos subregionales, regionales y mundiales son componentes esenciales del control del tabaco.

2. Cada Parte adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces para que todos los paquetes o envases de productos de tabaco y todo empaquetado externo de dichos productos lleven una indicación que ayude a las Partes a determinar el origen de los productos de tabaco y, de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, ayude a las Partes a determinar el punto de desviación y a vigilar, documentar y controlar el movimiento de los productos de tabaco y su situación legal. Además, cada Parte:

a) exigirá que todos los paquetes y envases de productos de tabaco para uso al detalle y al por mayor que se vendan en su mercado interno lleven la declaración: «*Venta autorizada únicamente en (insertar el nombre del país o de la unidad subnacional, regional o federal)*», o lleven cualquier otra indicación útil en la que figure el destino final o que ayude a las autoridades a determinar si está legalmente autorizada la venta del producto en el mercado interno; y

b) examinará, según proceda, la posibilidad de establecer un régimen práctico de seguimiento y localización que dé más garantías al sistema de distribución y ayude en la investigación del comercio ilícito.

3. Cada Parte exigirá que la información o las indicaciones que ha de llevar el empaquetado según el párrafo 2 del presente artículo figuren en forma legible y/o en el idioma o los idiomas principales del país.

4. Con miras a eliminar el comercio ilícito de productos de tabaco, cada Parte:

a) hará un seguimiento del comercio transfronterizo de productos de tabaco, incluido el comercio ilícito, reunirá datos sobre el particular e intercambiará información entre autoridades aduaneras, tributarias y otras autoridades, según proceda y de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes aplicables;

¹ Durante todo el proceso de prenegociación y negociación del Convenio Marco se ha debatido extensamente la posibilidad de adoptar pronto un protocolo sobre el comercio ilícito de productos de tabaco. El ONI podría iniciar la negociación de dicho protocolo inmediatamente después de la adopción del Convenio Marco, o podría hacerlo la Conferencia de las Partes en una etapa posterior.

- b) promulgará o fortalecerá legislación, con sanciones y recursos apropiados, contra el comercio ilícito de productos de tabaco, incluidos los cigarrillos falsificados y de contrabando;
 - c) adoptará medidas apropiadas para garantizar que todos los cigarrillos y productos de tabaco falsificados y de contrabando y todo equipo de fabricación de éstos que se hayan decomisado se destruyan aplicando métodos inocuos para el medio ambiente cuando sea factible, o se eliminen de conformidad con la legislación nacional;
 - d) adoptará y aplicará medidas para vigilar, documentar y controlar el almacenamiento y la distribución de productos de tabaco que se encuentren o se desplacen en su jurisdicción en régimen de suspensión de impuestos o derechos; y
 - e) adoptará las medidas que proceda para posibilitar la incautación de los beneficios derivados del comercio ilícito de productos de tabaco.
5. La información recogida con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 4(a) y 4(d) del presente artículo será transmitida, según proceda, en forma global por las Partes en sus informes periódicos a la Conferencia de las Partes, de conformidad con el artículo 21.
6. Las Partes promoverán, según proceda y conforme a la legislación nacional, la cooperación entre los organismos nacionales, así como entre las organizaciones intergubernamentales regionales e internacionales pertinentes, en lo referente a investigaciones, enjuiciamientos y procedimientos judiciales con miras a eliminar el comercio ilícito de productos de tabaco. Se prestará especial atención a la cooperación a nivel regional y subregional para combatir el comercio ilícito de productos de tabaco.
7. Cada Parte procurará adoptar y aplicar medidas adicionales, como la expedición de licencias, cuando proceda, para controlar o reglamentar la producción y distribución de los productos de tabaco a fin de prevenir el comercio ilícito.

Artículo 16

Ventas a menores y por menores

1. Cada Parte adoptará y aplicará en el nivel gubernamental apropiado medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces para prohibir la venta de productos de tabaco a los menores de la edad que determine la legislación interna, la legislación nacional o a los menores de 18 años. Dichas medidas podrán consistir en lo siguiente:
- a) exigir que todos los vendedores de productos de tabaco indiquen, en un anuncio claro y destacado situado en el interior de su local, la prohibición de la venta de productos de tabaco a los menores y, en caso de duda, soliciten que cada comprador de tabaco demuestre que ha alcanzado la mayoría de edad;
 - b) prohibir que los productos de tabaco en venta estén directamente accesibles, como en los estantes de los almacenes;
 - c) prohibir la fabricación y venta de dulces, refrigerios, juguetes y otros objetos que tengan forma de productos de tabaco y puedan resultar atractivos para los menores; y

- d) garantizar que las máquinas expendedoras de tabaco bajo su jurisdicción no sean accesibles a los menores y no promuevan la venta de productos de tabaco a los menores.
2. Cada Parte prohibirá o promoverá la prohibición de la distribución gratuita de productos de tabaco al público y especialmente a los menores.
 3. Cada Parte procurará prohibir la venta de cigarrillos sueltos o en paquetes pequeños que vuelvan más asequibles esos productos a los menores de edad.
 4. Las Partes reconocen que, para que sean más eficaces, las medidas encaminadas a impedir la venta de productos de tabaco a los menores de edad deben aplicarse, cuando proceda, conjuntamente con otras disposiciones previstas en el presente Convenio.
 5. A la hora de firmar, ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o de adherirse al mismo, o en cualquier otro momento posterior, toda Parte podrá indicar mediante una declaración escrita que se compromete a prohibir la introducción de máquinas expendedoras de tabaco dentro de su jurisdicción o, según proceda, a prohibir completamente las máquinas expendedoras de tabaco. El Depositario distribuirá a todas las Partes en el Convenio las declaraciones que se formulen de conformidad con el presente artículo.
 6. Cada Parte adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces, con inclusión de sanciones contra los vendedores y distribuidores, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los párrafos 1 a 5 del presente artículo.
 7. Cada Parte debería adoptar y aplicar, según proceda, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces para prohibir la venta de productos de tabaco por personas de una edad menor a la establecida en la legislación interna, la legislación nacional o por menores de 18 años.

Artículo 17

Apoyo a actividades alternativas económicamente viables

Las Partes, en cooperación entre sí y con las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales competentes, promoverán según proceda alternativas económicamente viables para los trabajadores, los cultivadores y eventualmente, los pequeños vendedores de tabaco.

PARTE V: PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Artículo 18

Protección del medio ambiente y de la salud de las personas

En cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el presente Convenio, las Partes acuerdan prestar debida atención a la protección ambiental y a la salud de las personas en relación con el medio ambiente por lo que respecta al cultivo de tabaco y a la fabricación de productos de tabaco, en sus respectivos territorios.

84

PARTE VI: CUESTIONES RELACIONADAS CON LA RESPONSABILIDAD

Artículo 19

Responsabilidad

1. Con fines de control del tabaco, las Partes considerarán la adopción de medidas legislativas o la promoción de sus leyes vigentes, cuando sea necesario, para ocuparse de la responsabilidad penal y civil, inclusive la compensación cuando proceda.
2. Las Partes cooperarán entre sí en el intercambio de información por intermedio de la Conferencia de las Partes, de conformidad con el artículo 21, a saber:
 - a) información, de conformidad con el párrafo 3(a) del artículo 20, sobre los efectos en la salud del consumo de productos de tabaco y la exposición al humo de tabaco; y
 - b) información sobre la legislación y los reglamentos vigentes y sobre la jurisprudencia pertinente.
3. Las Partes, según proceda y según hayan acordado entre sí, dentro de los límites de la legislación, las políticas y las prácticas jurídicas nacionales, así como de los tratados vigentes aplicables, se prestarán recíprocamente ayuda en los procedimientos judiciales relativos a la responsabilidad civil y penal, de forma coherente con el presente Convenio.
4. El Convenio no afectará en absoluto a los derechos de acceso de las Partes a los tribunales de las otras Partes, donde existan esos derechos, ni los limitará en modo alguno.
5. La Conferencia de las Partes podrá considerar, si es posible, en una etapa temprana, teniendo en cuenta los trabajos en curso en foros internacionales pertinentes, cuestiones relacionadas con la responsabilidad, incluidos enfoques internacionales apropiados de dichas cuestiones y medios idóneos para apoyar a las Partes, cuando así lo soliciten, en sus actividades legislativas o de otra índole de conformidad con el presente artículo.

PARTE VII: COOPERACIÓN TÉCNICA Y CIENTÍFICA Y COMUNICACIÓN DE INFORMACIÓN

Artículo 20

Investigación, vigilancia e intercambio de información

1. Las Partes se comprometen a elaborar y promover investigaciones nacionales y a coordinar programas de investigación regionales e internacionales sobre control del tabaco. Con ese fin, cada Parte:
 - a) iniciará, directamente o por conducto de organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales y de otros órganos competentes, investigaciones y evaluaciones científicas, cooperará en ellas y promoverá y alentará así investigaciones que aborden los factores determinantes y las consecuencias del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco e investigaciones tendientes a identificar cultivos alternativos; y

(85)

- b) prestar asesoramiento técnico, científico, jurídico y de otra índole a fin de establecer y fortalecer estrategias, planes y programas nacionales de control del tabaco, con miras a la aplicación del Convenio mediante, entre otras cosas, lo siguiente:
- i) ayuda, cuando así se solicite, para crear una sólida base legislativa, así como programas técnicos, en particular programas de prevención del inicio del consumo de tabaco, promoción del abandono del tabaco y protección contra la exposición al humo de tabaco;
 - ii) ayuda, según proceda, a los trabajadores del sector del tabaco para desarrollar de manera económicamente viable medios de subsistencia alternativos apropiados que sean económicamente y legalmente viables;
 - iii) ayuda, según proceda, a los cultivadores de tabaco para llevar a efecto la transición de la producción agrícola hacia cultivos alternativos de manera económicamente viable;
- c) respaldar programas de formación o sensibilización apropiados para el personal pertinente, según lo dispuesto en el artículo 12;
- d) proporcionar, según proceda, el material, el equipo y los suministros necesarios, así como apoyo logístico, para las estrategias, planes y programas de control del tabaco;
- e) determinar métodos de control del tabaco, incluido el tratamiento integral de la adicción a la nicotina; y
- f) promover, según proceda, investigaciones encaminadas a mejorar la asequibilidad del tratamiento integral de la adicción a la nicotina.
2. La Conferencia de las Partes promoverá y facilitará la transferencia de conocimientos técnicos, científicos y jurídicos especializados y de tecnología con el apoyo financiero garantizado de conformidad con el artículo 26.

PARTE VIII: ARREGLOS INSTITUCIONALES Y RECURSOS FINANCIEROS

Artículo 23

Conferencia de las Partes

1. Por el presente se establece una Conferencia de las Partes. La primera reunión de la Conferencia de las Partes será convocada por la Organización Mundial de la Salud a más tardar un año después de la entrada en vigor de este Convenio. La Conferencia determinará en su primera reunión el lugar y las fechas de las reuniones subsiguientes que se celebrarán regularmente.
2. Se celebrarán reuniones extraordinarias de la Conferencia de las Partes en las ocasiones en que la Conferencia lo considere necesario, o cuando alguna de las Partes lo solicite por escrito, siempre que, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que la Secretaría del Convenio haya comunicado a las Partes la solicitud, ésta reciba el apoyo de al menos un tercio de las Partes.
3. La Conferencia de las Partes adoptará por consenso su Reglamento Interior en su primera reunión.

4. La Conferencia de las Partes adoptará por consenso sus normas de gestión financiera, que regirán también el financiamiento de cualquier órgano subsidiario que pueda establecer, así como las disposiciones financieras que regirán el funcionamiento de la Secretaría. En cada reunión ordinaria adoptará un presupuesto para el ejercicio financiero hasta la siguiente reunión ordinaria.
5. La Conferencia de las Partes examinará regularmente la aplicación del Convenio, adoptará las decisiones necesarias para promover su aplicación eficaz y podrá adoptar protocolos, anexos y enmiendas del Convenio de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28, 29 y 33. Para ello:
- a) promoverá y facilitará el intercambio de información de conformidad con los artículos 20 y 21;
 - b) promoverá y orientará el establecimiento y el perfeccionamiento periódico de metodologías comparables de investigación y acopio de datos, además de las previstas en el artículo 20, que sean pertinentes para la aplicación del Convenio;
 - c) promoverá, según proceda, el desarrollo, la aplicación y la evaluación de estrategias, planes, programas, políticas, legislación y otras medidas;
 - d) considerará los informes que le presenten las Partes de conformidad con el artículo 21 y adoptará informes regulares sobre la aplicación del Convenio;
 - e) promoverá y facilitará la movilización de recursos financieros para la aplicación del Convenio de conformidad con el artículo 26;
 - f) establecerá los órganos subsidiarios necesarios para cumplir con el objetivo del Convenio;
 - g) recabará, cuando corresponda, los servicios, la cooperación y la información de las organizaciones y órganos del sistema de las Naciones Unidas y de otras organizaciones y órganos intergubernamentales y no gubernamentales internacionales y regionales competentes y pertinentes como medio para fortalecer la aplicación del Convenio; y
 - h) considerará otras medidas, según proceda, para alcanzar el objetivo del Convenio, teniendo presente la experiencia adquirida en su aplicación.
6. La Conferencia de las Partes establecerá los criterios para la participación de observadores en sus reuniones.

Artículo 24
Secretaría

1. La Conferencia de las Partes designará una secretaría permanente y adoptará disposiciones para su funcionamiento. La Conferencia de las Partes procurará hacer esto en su primera reunión.
2. Hasta que se haya designado y establecido una secretaría permanente, las funciones de secretaría de este Convenio estarán a cargo de la Organización Mundial de la Salud.

3. Las funciones de la Secretaría serán las siguientes:
- a) adoptar disposiciones para las reuniones de la Conferencia de las Partes y de cualquiera de sus órganos subsidiarios y prestarles los servicios necesarios;
 - b) transmitir los informes que haya recibido en virtud del Convenio;
 - c) prestar apoyo a las Partes, en particular a las que sean países en desarrollo o tengan economías en transición, cuando así lo soliciten, en la recopilación y transmisión de la información requerida de conformidad con las disposiciones del Convenio;
 - d) preparar informes sobre sus actividades en el marco de este Convenio, siguiendo las orientaciones de la Conferencia de las Partes, y someterlos a la Conferencia de las Partes;
 - e) asegurar, bajo la orientación de la Conferencia de las Partes, la coordinación necesaria con las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales y otros órganos competentes;
 - f) concertar, bajo la orientación de la Conferencia de las Partes, los arreglos administrativos y contractuales que sean necesarios para el ejercicio eficaz de sus funciones; y
 - g) desempeñar otras funciones de secretaría especificadas en el Convenio y en cualquiera de sus protocolos, y las que determine la Conferencia de las Partes.

Artículo 25

Relaciones entre la Conferencia de las Partes y las organizaciones intergubernamentales

Para prestar cooperación técnica y financiera a fin de alcanzar el objetivo de este Convenio, la Conferencia de las Partes podrá solicitar la cooperación de organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales competentes, incluidas las instituciones de financiamiento y desarrollo.

Artículo 26

Recursos financieros

1. Las Partes reconocen la importancia que tienen los recursos financieros para alcanzar el objetivo del presente Convenio.
2. Cada Parte prestará apoyo financiero para sus actividades nacionales destinadas a alcanzar el objetivo del Convenio, de conformidad con sus planes, prioridades y programas nacionales.
3. Las Partes promoverán, según proceda, la utilización de vías bilaterales, regionales, subregionales y otros canales multilaterales para financiar la elaboración y el fortalecimiento de programas multisectoriales integrales de control del tabaco de las Partes que sean países en desarrollo y de las que tengan economías en transición. Por consiguiente, deben abordarse y apoyarse, en el contexto de estrategias nacionales de desarrollo sostenible, alternativas económicamente viables a la producción de tabaco, entre ellas la diversificación de cultivos.
4. Las Partes representadas en las organizaciones intergubernamentales regionales e internacionales y las instituciones financieras y de desarrollo pertinentes alentarán a estas entidades a que faciliten asistencia financiera a las Partes que sean países en desarrollo y a las que tengan economías en transición para ayu-

darlas a cumplir sus obligaciones en virtud del presente Convenio, sin limitar los derechos de participación en esas organizaciones.

5. Las Partes acuerdan lo siguiente:

- a) a fin de ayudar a las Partes a cumplir sus obligaciones en virtud del Convenio, se deben movilizar y utilizar en beneficio de todas las Partes, en especial de los países en desarrollo y los países con economías en transición, todos los recursos pertinentes, existentes o potenciales, ya sean financieros, técnicos o de otra índole, tanto públicos como privados, disponibles para actividades de control del tabaco;
- b) la Secretaría informará a las Partes que sean países en desarrollo y a las que tengan economías en transición, previa solicitud, sobre fuentes de financiamiento disponibles para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Convenio;
- c) la Conferencia de las Partes en su primera reunión examinará las fuentes y mecanismos existentes y potenciales de asistencia sobre la base de un estudio realizado por la Secretaría y de otra información pertinente, y considerará su adecuación; y
- d) los resultados de este examen serán tenidos en cuenta por la Conferencia de las Partes a la hora de determinar la necesidad de mejorar los mecanismos existentes o establecer un fondo mundial voluntario u otros mecanismos financieros apropiados para canalizar recursos financieros adicionales, según sea necesario, a las Partes que sean países en desarrollo y a las que tengan economías en transición para ayudarlas a alcanzar los objetivos del Convenio.

PARTE IX: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Artículo 27

Solución de controversias

1. Si surge una controversia entre dos o más Partes respecto de la interpretación o la aplicación del presente Convenio, esas Partes procurarán resolver la controversia por vía diplomática mediante negociación o cualquier otro medio pacífico de su elección, por ejemplo buenos oficios, mediación o conciliación. El hecho de que no se llegue a un acuerdo mediante buenos oficios, mediación o conciliación no eximirá a las Partes en la controversia de la responsabilidad de seguir tratando de resolverla.
2. Al ratificar, aceptar, aprobar o confirmar oficialmente el Convenio, al adherirse a él, o en cualquier momento después de ello, un Estado u organización de integración económica regional podrá declarar por escrito al Depositario que, en caso de controversia no resuelta de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, acepta como obligatorio un arbitraje especial de acuerdo con los procedimientos que adopte por consenso la Conferencia de las Partes.
3. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a todos los protocolos y a las Partes en dichos protocolos, a menos que en ellos se disponga otra cosa.

PARTE X: DESARROLLO DEL CONVENIO**Artículo 28***Enmiendas del presente Convenio*

1. Cualquiera de las Partes podrá proponer enmiendas del presente Convenio. Dichas enmiendas serán examinadas por la Conferencia de las Partes.
2. Las enmiendas del Convenio serán adoptadas por la Conferencia de las Partes. La Secretaría comunicará a las Partes el texto del proyecto de enmienda al menos seis meses antes de la reunión en la que se proponga su adopción. La Secretaría comunicará asimismo los proyectos de enmienda a los signatarios del Convenio y, a título informativo, al Depositario.
3. Las Partes harán todo lo posible por llegar a un acuerdo por consenso sobre cualquier propuesta de enmienda del Convenio. Si se agotan todas las posibilidades de llegar a un acuerdo por consenso, como último recurso la enmienda será adoptada por una mayoría de tres cuartos de las Partes presentes y votantes en la reunión. A los efectos del presente artículo, por «Partes presentes y votantes» se entiende las Partes presentes que emitan un voto a favor o en contra. La Secretaría comunicará toda enmienda adoptada al Depositario, y éste la hará llegar a todas las Partes para su aceptación.
4. Los instrumentos de aceptación de las enmiendas se entregarán al Depositario. Las enmiendas adoptadas de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo entrarán en vigor, para las Partes que las hayan aceptado, al nonagésimo día contado desde la fecha en que el Depositario haya recibido instrumentos de aceptación de por lo menos dos tercios de las Partes en el Convenio.
5. Las enmiendas entrarán en vigor para las demás Partes al nonagésimo día contado desde la fecha en que se haya entregado al Depositario el instrumento de aceptación de las enmiendas en cuestión.

Artículo 29*Adopción y enmienda de los anexos del presente Convenio*

1. Los anexos y enmiendas del presente Convenio se propondrán, se adoptarán y entrarán en vigor de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 28.
2. Los anexos del Convenio formarán parte integrante de éste y, salvo que se disponga expresamente otra cosa, toda referencia al Convenio constituirá al mismo tiempo una referencia a sus anexos.
3. En los anexos sólo se incluirán listas, formularios y otros materiales descriptivos relacionados con cuestiones de procedimiento y aspectos científicos, técnicos o administrativos.

PARTE XI: DISPOSICIONES FINALES**Artículo 30***Reservas*

No podrán formularse reservas a este Convenio.

90

Artículo 31*Denuncia*

1. En cualquier momento después de un plazo de dos años a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio para una Parte, esa Parte podrá denunciar el Convenio, previa notificación por escrito al Depositario.
2. La denuncia surtirá efecto al cabo de un año contado desde la fecha en que el Depositario haya recibido la notificación correspondiente o, posteriormente, en la fecha que se indique en dicha notificación.
3. Se considerará que la Parte que denuncia el Convenio denuncia asimismo todo protocolo en que sea Parte.

Artículo 32*Derecho de voto*

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, cada Parte en el Convenio tendrá un voto.
2. Las organizaciones de integración económica regional, en los asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con un número de votos igual al número de sus Estados Miembros que sean Partes en el Convenio. Esas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si cualquiera de sus Estados Miembros ejerce el suyo, y viceversa.

Artículo 33*Protocolos*

1. Cualquier Parte podrá proponer protocolos. Dichas propuestas serán examinadas por la Conferencia de las Partes.
2. La Conferencia de las Partes podrá adoptar protocolos del presente Convenio. Al adoptar tales protocolos deberá hacerse todo lo posible para llegar a un consenso. Si se agotan todas las posibilidades de llegar a un acuerdo por consenso, como último recurso el protocolo será adoptado por una mayoría de tres cuartos de las Partes presentes y votantes en la reunión. A los efectos del presente artículo, por «Partes presentes y votantes» se entiende las Partes presentes que emitan un voto a favor o en contra.
3. El texto de todo protocolo propuesto será comunicado a las Partes por la Secretaría al menos seis meses antes de la reunión en la cual se vaya a proponer para su adopción.
4. Sólo las Partes en el Convenio podrán ser Partes en un protocolo del Convenio.
5. Cualquier protocolo del Convenio sólo será vinculante para las Partes en el protocolo en cuestión. Sólo las Partes en un protocolo podrán adoptar decisiones sobre asuntos exclusivamente relacionados con el protocolo en cuestión.
6. Las condiciones para la entrada en vigor del protocolo serán las establecidas por ese instrumento.

76

Artículo 34*Firma*

El presente Convenio estará abierto a la firma de todos los Miembros de la Organización Mundial de la Salud, de todo Estado que no sea Miembro de la Organización Mundial de la Salud pero sea miembro de las Naciones Unidas, así como de las organizaciones de integración económica regional, en la sede de la Organización Mundial de la Salud, en Ginebra, desde el 16 de junio de 2003 hasta el 22 de junio de 2003, y posteriormente en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, desde el 30 de junio de 2003 hasta el 29 de junio de 2004.

Artículo 35*Ratificación, aceptación, aprobación, confirmación oficial o adhesión*

1. El Convenio estará sujeto a la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de los Estados y a la confirmación oficial o la adhesión de las organizaciones de integración económica regional. Quedará abierto a la adhesión a partir del día siguiente a la fecha en que el Convenio quede cerrado a la firma. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación, confirmación oficial o adhesión se depositarán en poder del Depositario.
2. Las organizaciones de integración económica regional que pasen a ser Partes en el Convenio sin que lo sea ninguno de sus Estados Miembros quedarán sujetas a todas las obligaciones que les incumban en virtud del Convenio. En el caso de las organizaciones que tengan uno o más Estados Miembros que sean Partes en el Convenio, la organización y sus Estados Miembros determinarán su respectiva responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones que les incumban en virtud del Convenio. En esos casos, la organización y los Estados Miembros no podrán ejercer simultáneamente derechos conferidos por el Convenio.
3. Las organizaciones de integración económica regional expresarán en sus instrumentos de confirmación oficial o de adhesión el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el Convenio. Esas organizaciones comunicarán además al Depositario toda modificación sustancial en el alcance de su competencia, y el Depositario la comunicará a su vez a las Partes.

Artículo 36*Entrada en vigor*

1. El presente Convenio entrará en vigor al nonagésimo día contado desde la fecha en que haya sido depositado en poder del Depositario el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación, confirmación oficial o adhesión.
2. Respecto de cada Estado que ratifique, acepte, apruebe el Convenio o se adhiera a él una vez satisfechas las condiciones relativas a la entrada en vigor establecidas en el párrafo 1 del presente artículo, el Convenio entrará en vigor al nonagésimo día contado desde la fecha en que el Estado haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
3. Respecto de cada organización de integración económica regional que deposite un instrumento de confirmación oficial o de adhesión, una vez satisfechas las condiciones relativas a la entrada en vigor estipuladas en el párrafo 1 del presente artículo, el Convenio entrará en vigor al nonagésimo día contado desde la fecha en que la organización haya depositado su instrumento de confirmación oficial o de adhesión.

4. A los efectos del presente artículo, los instrumentos depositados por una organización de integración económica regional no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados Miembros de esa organización.

Artículo 37
Depositario

El Secretario General de las Naciones Unidas será el Depositario del Convenio, de las enmiendas de éste y de los protocolos y anexos aprobados de conformidad con los artículos 28; 29 y 33.

Artículo 38
Textos auténticos

El original del presente Convenio, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL los infrascritos, debidamente autorizados a esos efectos, han firmado el presente Convenio.

HECHO en GINEBRA el [día del mes] de dos mil tres.

Cuarta sesión plenaria, 21 de mayo de 2003
A56/VR/4

= = =

Tipo Norma: Ley 19419
 Fecha Publicación: 09-10-1995
 Fecha Promulgación: 22-09-1995
 Organismo: MINISTERIO DE SALUD
 Título: REGULA ACTIVIDADES QUE INDICA RELACIONADAS CON EL TABACO
 Tipo Versión: Última Versión De: 15-11-2007
 Inicio Vigencia: 15-11-2007
 URL: <http://www.leychile.cl/NPA-30786vt-2007-11-15cp>

REGULA ACTIVIDADES QUE INDICA RELACIONADAS CON EL TABACO

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente

Proyecto de ley:

Artículo 1°.- Regúlanse por esta ley las actividades a que ella se refiere y que recaen sobre los productos hechos con tabaco para el consumo humano.

Artículo 2°.- En las publicaciones destinadas a menores de 18 años de edad, no se admitirá ninguna forma de publicidad, propaganda o promoción de los productos señalados en el artículo 1°. En la televisión, sólo se admitirá a contar del horario que el Consejo Nacional de Televisión establezca para programas destinados a mayores de 18 años y, respecto del cine, cuando se exhiban películas para mayores de dicha edad.

NOTA

NOTA:

El Art. 1 N° 2 de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006, sustituye el texto y modifica la numeración de este artículo, el que pasa a ser Art. 3°. Sin embargo, el Artículo 2° de la señalada ley establece que esta modificación entrará en vigencia transcurridos dieciocho meses contados desde su publicación en el Diario Oficial, fecha en la cual será ingresada al presente texto actualizado.

El citado Art. 2° señala además que durante el plazo de vacancia legal se mantendrá vigente el artículo 2° de la ley N° 19.419, razón por la su texto se ha conservado en esta actualización; y, en caso de infracción, se aplicará lo dispuesto en el artículo 16 N°s 2) y 10), según corresponda.

Artículo 3°.- Se prohíbe la publicidad del tabaco o de elementos de la marca relacionados con dicho producto, salvo al interior de los lugares de venta. Al exterior de dichos lugares sólo se podrá comunicar al público la venta de productos hechos con tabaco mediante avisos diseñados por el Ministerio de Salud y establecidos por decreto supremo.

Se prohíbe, asimismo, la publicidad en las señales internacionales de los medios de comunicación chilenos o de páginas de internet cuyos dominios correspondan a la terminación "punto cl".

NOTA:

El Artículo 2° de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006, dispone que la presente modificación

LEY 20105
 Art. 1° N° 2
 D.O. 16.05.2007
 NOTA

entrará en vigencia transcurridos dieciocho meses contados desde su publicación.

Artículo 4°.- Se prohíbe la comercialización, el ofrecimiento, distribución o entrega a título gratuito de los productos hechos con tabaco a las personas menores de 18 años de edad. Las máquinas expendedoras automáticas de este tipo de productos sólo podrán instalarse en establecimientos, lugares o recintos a los cuales, por disposición de la ley, no tengan acceso los menores de edad.

Se prohíbe cualquier forma de publicidad de productos hechos con tabaco en lugares que se encuentren a menos de 300 metros de distancia de los establecimientos de enseñanza básica y media, incluyendo los lugares de venta, salvo lo relativo a los avisos indicados en el artículo anterior. Se prohíbe asimismo, la venta de estos productos en aquellos lugares que se encuentren a menos de 100 metros de distancia de dichos establecimientos. La distancia se medirá desde cada puerta de acceso de los respectivos establecimientos, por aceras, calles y espacios de uso público.

En ningún caso podrán venderse cigarrillos unitariamente o en paquetes que contengan una cantidad inferior a diez.

LEY 20105
Art. 1 N° 3
D.O. 16.05.2006
NOTA

NOTA:

El Art. 2° de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006 establece que las modificaciones introducidas al presente artículo entrarán en vigencia 90 días después de su publicación en el Diario Oficial.

Artículo 5°.- Se prohíbe ofrecer o proporcionar cualquier compensación, directa o indirecta, por la compra de productos hechos con tabaco, tales como la donación, bonificación o reembolso de dinero en efectivo o el derecho a participar en un juego, sorteo o concurso, así como la distribución de dichos productos sin compensación monetaria.

LEY 20105
Art. 1 N° 4
D.O. 16.05.2006
NOTA

NOTA:

El Art. 2° de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006 establece que las modificaciones introducidas al presente artículo entrarán en vigencia 90 días después de su publicación en el Diario Oficial.

Artículo 6°.- Todo envase de los productos hechos con tabaco, sean nacionales o importados destinados a su distribución dentro del territorio nacional, y toda acción publicitaria de los mismos, cualquiera sea la forma o el medio en que se realice, deberán contener una clara y precisa advertencia de los daños, enfermedades o efectos que, para la salud de las personas, implica su consumo o exposición al humo del tabaco. Esta advertencia tendrá una vigencia de 12 meses, deberá ser diseñada por el Ministerio de Salud y establecida mediante decreto supremo de este Ministerio, la cual será impresa en las cajetillas o en cualquier envase y no podrá, en ningún caso, ser removible. En el caso de productos importados, deberá ser adherida de manera que no pueda ser despegada fácilmente.

En el caso de los paquetes de cigarrillos o cigarros, bolsas o paquetes de productos hechos con tabaco, esta advertencia deberá figurar en las dos

LEY 20105
Art. 1 N° 5
D.O. 16.05.2006
NOTA

caras principales y ocupar el 50% de cada una de ellas. La advertencia se colocará en la parte inferior de cada cara.

El decreto indicado establecerá una o más advertencias sucesivas, que podrán ser diseñadas con dibujos, fotos o leyendas. Durante el plazo señalado para cada advertencia, ésta deberá figurar en toda la producción nacional o la importada destinada a su distribución dentro del territorio nacional. Si al entrar en vigencia una nueva advertencia quedaran saldos en bodega con la advertencia anterior, para su distribución se deberá solicitar autorización a la Autoridad Sanitaria que corresponda a la casa matriz del fabricante o importador. Esta excepción sólo podrá alcanzar hasta un monto equivalente a la producción distribuida durante el mes anterior.

Los avisos publicitarios en los lugares de venta no podrán ser superiores a dos metros cuadrados y la advertencia confeccionada en los términos de este artículo deberá ocupar el 50% del aviso.

NOTA:

El Art. 2° de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006 establece que las modificaciones introducidas al presente artículo entrarán en vigencia 90 días después de su publicación en el Diario Oficial.

Artículo 7°.- Los planes y programas de estudio de la Educación General Básica y de la Educación Media de ambas modalidades deberán considerar objetivos y contenidos destinados a educar e instruir a los escolares sobre los daños que provoca en el organismo el consumo de productos hechos con tabaco y la exposición al humo del mismo, como también el carácter adictivo de éstos.

LEY 20105
Art. 1 N° 6
D.O. 16.05.2006
NOTA

NOTA:

El Art. 2° de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006 establece que las modificaciones introducidas al presente artículo entrarán en vigencia 90 días después de su publicación en el Diario Oficial.

Artículo 8°.- Se prohíbe que en el nombre o propiedades asociadas a la marca de cigarros o cigarrillos se incluyan términos tales como light, suave, ligero, bajo en alquitrán, nicotina, monóxido de carbono u otros similares.

LEY 20105
Art. 1 N° 7
D.O. 16.05.2006
NOTA

NOTA:

El Art. 2° de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006 establece que las modificaciones introducidas al presente artículo entrarán en vigencia 90 días después de su publicación en el Diario Oficial.

Artículo 9°.- La casa matriz del fabricante o el importador de los productos hechos con tabaco deberán informar anualmente al Ministerio de Salud, según éste lo determine, sobre sus constituyentes y los aditivos que se incorporan a ellos, en calidad y cantidad, así como las sustancias utilizadas para el tratamiento del tabaco.

LEY 20105
Art. 1 N° 8
D.O. 16.05.2006
NOTA

El Ministerio de Salud podrá prohibir el uso de

los aditivos y sustancias que aumenten el daño o riesgo del consumidor de dichos productos, y establecer los límites máximos permitidos de las sustancias contenidas en los productos hechos con tabaco. Asimismo, fijará las normas sobre difusión de la información referida a los aditivos y sustancias incorporadas al tabaco y sus efectos en la salud de los consumidores.

Los envases de cigarrillos deberán expresar clara y visiblemente en una de las caras laterales los principales componentes de este producto en los términos establecidos por el Ministerio de Salud.

NOTA:

El Art. 2° de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006 establece que las modificaciones introducidas al presente artículo entrarán en vigencia 90 días después de su publicación en el Diario Oficial.

Artículo 10.- Se prohíbe fumar en los siguientes lugares, incluyendo sus patios y espacios al aire libre interiores:

LEY 20105
Art. 1 N° 9
D.O. 16.05.2006
NOTA

- a) establecimientos de educación prebásica, básica y media;
- b) recintos donde se expendan combustibles;
- c) aquéllos en que se fabriquen, procesen, depositen o manipulen explosivos, materiales inflamables, medicamentos o alimentos;
- d) medios de transporte de uso público o colectivo;
- e) ascensores.

NOTA:

El Art. 2° de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006 establece que las modificaciones introducidas al presente artículo entrarán en vigencia 90 días después de su publicación en el Diario Oficial.

Artículo 11.- Se prohíbe fumar en los siguientes lugares, salvo en sus patios o espacios al aire libre:

LEY 20105
Art. 1 Nos. 9 y 14
D.O. 16.05.2006
NOTA

- a) al interior de los recintos o dependencias de los órganos del Estado. Sin embargo, en las oficinas individuales se podrá fumar sólo en el caso que cuenten con ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior;
 - b) establecimientos de educación superior, públicos y privados;
 - c) establecimientos de salud, públicos y privados;
 - d) aeropuertos y terrapuertos;
 - e) teatros, cines, lugares en que se presenten espectáculos culturales y musicales, salvo que sean al aire libre;
 - f) gimnasios y recintos deportivos;
 - g) centros de atención o de prestación de servicios abiertos al público en general;
 - h) supermercados, centros comerciales y demás establecimientos similares de libre acceso al público.
- En los lugares anteriormente enumerados, podrá existir una o más salas especialmente habilitadas para fumar, con excepción de los casos que señala la letra c).

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, iguales reglas se aplicarán tratándose de empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden,

higiene y seguridad, en conformidad a las normas del Código del Trabajo.

En los lugares de trabajo de propiedad de particulares no comprendidos en el artículo 10 y en los incisos precedentes, la existencia de prohibición de fumar o la determinación de sitios y condiciones en que ello se autorizará serán acordadas por los respectivos propietarios o administradores, oyendo el parecer de los empleados.

NOTA:

El Art. 2° de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006, establece que las modificaciones introducidas al presente artículo entrarán en vigencia 90 días después de su publicación en el Diario Oficial.

Artículo 12.- En los restaurantes, bares, pubs, discotecas, cabarés, casinos de juego y otros lugares de juego legalmente autorizados, y demás establecimientos similares, con una superficie superior a 100 metros cuadrados destinados a la atención de público, para permitir fumar en su interior se deberá separar ambientes para fumadores y para no fumadores, no pudiendo el espacio reservado a estos últimos representar menos del 60 % del espacio total destinado a atención de público.

LEY 20105
Art. 1 Nos. 9 y 15
D.O. 16.05.2006
NOTA

En aquellos lugares señalados en el inciso anterior, pero cuya superficie destinada a la atención de público sea igual o inferior a 100 metros cuadrados, se podrá optar por ser un lugar para fumadores o para no fumadores, de lo que deberá informarse en su acceso. En caso que se opte por ser para fumadores se aplicará, en lo que corresponda, lo dispuesto en el artículo siguiente.

Tratándose de discotecas y cabarés, donde se expendan bebidas alcohólicas y se asegure la entrada sólo para mayores de 18 años, se aplicarán las normas del inciso anterior sin la limitación de superficie indicada.

NOTA:

El Art. 2° de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006, estableció que la modificación al inciso primero del Art. 12, entrará en vigencia 1 año después de su publicación en el Diario Oficial. Asimismo, señala que durante el plazo de vacancia legal se mantendrá vigente el artículo 7°, inciso final, de la ley N° 19.419 y, en caso de infracción, se aplicará lo dispuesto en el artículo 16 N°s 2) y 10), según corresponda.

El texto del señalado inciso final del Art. 7 de la ley N° 19.419, cuya vigencia se mantiene transitoriamente, es el siguiente:

"En los restaurantes, bares, hoteles y demás establecimientos similares, deberá señalarse si existen espacios separados para fumadores y no fumadores."

Artículo 13.- Las salas, lugares o espacios habilitados para fumadores en conformidad a los dos artículos anteriores, deberán estar claramente aislados y contar con mecanismos que impidan el paso del humo hacia el resto del recinto, ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior, y a ellos no se permitirá la entrada de menores de 18 años.

En los lugares reservados para no fumadores se deberá exhibir advertencias que prohíban fumar, las

LEY 20105
Art. 1 N° 9
D.O. 16.05.2006
NOTA

cuales deberán ser notoriamente visibles y comprensibles, y contener imágenes o leyendas en idioma español. Asimismo, a la entrada y al interior de los lugares o recintos reservados para fumadores, se deberá exhibir advertencias que indiquen dicha circunstancia.

NOTA:

El Art. 2° de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006 establece que las modificaciones introducidas al presente artículo entrarán en vigencia 90 días después de su publicación en el Diario Oficial.

Artículo 14.- Los organismos administradores de la ley N° 16.744, deberán colaborar con sus empresas adheridas asesorándolas respecto de los contenidos de la información que éstas presten a sus trabajadores y usuarios sobre los daños que provoca en el organismo el consumo de productos hechos con tabaco o la exposición al humo de este producto y acerca de los beneficios de adoptar estilos de vida y ambientes saludables.

LEY 20105
Art. 1 N° 10
D.O. 16.05.2006
NOTA

NOTA:

El Art. 2° de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006 establece que las modificaciones introducidas al presente artículo entrarán en vigencia 90 días después de su publicación en el Diario Oficial.

Artículo 15.- La Autoridad Sanitaria fiscalizará el cumplimiento de la presente ley, y, en caso de constatar alguna infracción, denunciará el hecho ante el Juez de Letras o Juez de Policía Local competente, según lo dispuesto en el inciso siguiente.

LEY 20227
Art. 8°
N° 1 y 2
D.O. 15.11.2007

Si la infracción que se constata tiene prevista en la ley como máximo una multa aplicable superior a 50 unidades tributarias mensuales, la denuncia se formulará ante el Juez de Letras correspondiente al territorio jurisdiccional donde ésta haya sido cometida, y tratándose de infracciones que tengan señalada una multa inferior al monto antes indicado, la denuncia deberá interponerse ante el Juez de Policía Local correspondiente al territorio jurisdiccional donde ésta haya sido cometida.

El Juez de Letras o el Juez de Policía Local, según corresponda, serán los facultados para imponer la sanción correspondiente, y contra su resolución procederán los recursos que franquea la ley. En el primer caso, el procedimiento se sujetará a las reglas del juicio sumario y, en el segundo, a lo establecido en la ley N° 18.287.

En caso alguno se podrá exigir el pago previo de la multa, que será siempre a beneficio fiscal.

Artículo 16.- La infracción de las disposiciones de la presente ley será sancionada en conformidad a las reglas siguientes:

LEY 20105
Art. 1 N° 12
D.O. 16.05.2006
NOTA

1) Multa de 500 a 1.000 unidades tributarias mensuales y comiso de las especies objeto de la infracción, por la contravención de lo establecido en el inciso segundo del artículo 9°, utilizando aditivos o sustancias prohibidas por el Ministerio de Salud o excediendo los límites máximos permitidos de las sustancias contenidas en los productos hechos con

tabaco.

2) Multa de 1 a 50 unidades tributarias mensuales, y de 101 a 500 unidades tributarias mensuales si la infracción es cometida por una persona natural o jurídica perteneciente a la industria tabacalera, además del comiso de los bienes materia de la infracción, en los siguientes casos:

a. Venta de productos hechos con tabaco en lugares que se encuentren a menos de 100 metros de distancia de establecimientos de enseñanza básica y media, con infracción de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4°.

b. Publicidad del tabaco o de elementos de la marca relacionados con dicho producto fuera de los lugares de venta, o comunicación al público de la venta de productos hechos con tabaco al exterior de los lugares de venta, con infracción de lo establecido en el artículo 3°.

c. Exhibir, en los lugares de venta de productos hechos con tabaco, avisos publicitarios de superficie mayor a la indicada en el inciso cuarto del artículo 6°, sin la advertencia a que éste se refiere o con una advertencia que ocupe menos del 50% del aviso.

d. Cualquier forma de publicidad de productos hechos con tabaco en lugares que se encuentren a menos de 300 metros de distancia de los establecimientos de enseñanza básica y media, incluyendo los lugares de venta, con infracción del inciso segundo del artículo 4°. Se exceptúan los avisos autorizados por el artículo 3°, al exterior de los lugares de venta.

e. Ofrecer o proporcionar cualquier compensación, directa o indirecta, por la compra de productos hechos con tabaco, en contravención a lo dispuesto en el artículo 5°.

3) Multa de 101 a 500 unidades tributarias mensuales y comiso de las especies objeto de la infracción en los casos siguientes:

a. Omitir en los envases de los productos hechos con tabaco nacionales o importados destinados a su distribución dentro del territorio nacional, la advertencia que establece el artículo 6°, o hacerlo con un diseño diverso, en lugares distintos o en proporción menor de los allí indicados.

b. Efectuar acciones publicitarias de productos hechos con tabaco, sean nacionales o importados destinados a su distribución dentro del territorio nacional, cualquiera sea la forma o el medio en que se realice, omitiendo la advertencia que establece el artículo 6°.

c. No expresar clara y visiblemente en una de las caras laterales de los envases de cigarrillos los principales componentes del producto, en los términos establecidos por el Ministerio de Salud en conformidad al inciso tercero del artículo 9°.

d. Infringir las normas sobre difusión de la información referida a los aditivos y sustancias incorporadas al tabaco y sus efectos en la salud de los consumidores establecidas en conformidad al artículo 9°.

4) Multa de 101 a 500 unidades tributarias mensuales, por no informar al Ministerio de Salud sobre los constituyentes y aditivos que se incorporan a los productos hechos con tabaco, o sobre las sustancias utilizadas para el tratamiento del tabaco, en conformidad al inciso primero del artículo 9°.

5) Multa de 3 a 50 unidades tributarias mensuales, y de 30 a 300 unidades tributarias mensuales si la infracción es cometida por una persona natural o jurídica perteneciente a la industria tabacalera, además del comiso de los bienes materia de la infracción, por comercializar, ofrecer, distribuir o entregar a título gratuito productos hechos con tabaco a menores de 18

años de edad, en contravención a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 4°.

6) Multa de 50 a 250 unidades tributarias mensuales y comiso de las especies materia de la infracción, por incluir en el nombre o propiedades asociadas a la marca de cigarrillos términos tales como light, suave, ligero, bajo en alquitrán, nicotina, monóxido de carbono u otros similares prohibidos en el artículo 8°.

7) Multa de 50 a 250 unidades tributarias mensuales, por la infracción de las reglas sobre habilitación, superficie y ventilación de los espacios destinados a fumadores y reservados a no fumadores, establecidas en los artículos 12 y 13.

8) Multa de 10 a 100 unidades tributarias mensuales, por la instalación de máquinas expendedoras automáticas de productos hechos con tabaco en establecimientos, lugares o recintos a los cuales no esté prohibido por disposición de la ley el acceso de los menores de edad, en contravención a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 4°.

9) Multa de 1 a 20 unidades tributarias mensuales, y de 10 a 50 unidades tributarias mensuales si la infracción es cometida por una persona natural o jurídica perteneciente a la industria tabacalera, además del comiso de los bienes materia de la infracción por vender cigarrillos unitariamente o en paquetes que contengan una cantidad inferior a diez.

10) Multa de 2 a 20 unidades tributarias mensuales aplicada al dueño, director o administrador del establecimiento, en los siguientes casos:

a. Permitir el ingreso de menores de 18 años a los lugares habilitados para fumadores, contraviniendo la prohibición establecida en el artículo 13.

b. Infracción de las reglas sobre las advertencias que deben exhibirse relativas a la prohibición de fumar y en los lugares en que se permite hacerlo, en conformidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 13.

11) Multa de 1 unidad tributaria mensual aplicada por cada infractor, al dueño, director o administrador del establecimiento respectivo, por la transgresión de la prohibición de fumar en lugares no autorizados. Con todo, el dueño, director o administrador podrá eximirse del pago de la multa acreditando que se conminó al fumador a cumplir la ley o a abandonar el lugar y con posterioridad se formuló la denuncia respectiva a la autoridad fiscalizadora. En estos casos podrá solicitarse el auxilio de la fuerza pública para restablecer el imperio de la ley.

12) Multa de media unidad tributaria mensual, aplicada al fumador que contravenga la prohibición de fumar establecida en los artículos 10, 11, 12 y 13.

Para determinar el monto de la multa a aplicar en conformidad al presente artículo, se tomarán en consideración las circunstancias de la infracción y, especialmente, la capacidad económica del infractor.

En caso de reincidencia, se podrá aplicar el doble de la multa. Se entenderá que hay reincidencia cuando el infractor incurra en una misma contravención en dos oportunidades dentro del mismo año calendario. En la tercera infracción cometida dentro del mismo período, se podrá aplicar el triple de la multa y, tratándose de la prohibición de venta o suministro de productos hechos con tabaco a menores de edad o a una distancia inferior de la permitida de establecimientos educacionales, o de contravenciones a las normas sobre habilitación, exigencias y advertencias relativas a espacios para fumadores y no fumadores, cometidas en supermercados, casinos de juego, teatros, cines, lugares donde se presenten espectáculos culturales y musicales, gimnasios y recintos deportivos, centros de atención de público o

de prestación de servicios, centros comerciales y demás establecimientos de libre acceso al público similares, incluidos los señalados en el artículo 12, se podrá decretar, además, la clausura del establecimiento o lugar hasta por treinta días.

Los productos decomisados en conformidad al presente artículo serán entregados a la Autoridad Sanitaria a fin de que proceda a su destrucción o desnaturalización.

Para los efectos de comprobar la edad en caso de duda, a fin de evitar incurrir en una infracción, los dueños, directores o administradores de los establecimientos y lugares regulados en la presente ley, o sus delegados, podrán exigir que se exhiba la respectiva cédula de identidad.

NOTA:

El Art. 2° de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006 establece que las modificaciones introducidas al presente artículo entrarán en vigencia 90 días después de su publicación en el Diario Oficial.

Artículo 17.- En caso que la infracción sea cometida por un órgano de la Administración del Estado, la Autoridad Sanitaria deberá, además, poner el asunto en conocimiento del Órgano Público correspondiente para que adopte las medidas administrativas que correspondan, enviando copia de dicha comunicación al Subsecretario de Salud Pública, quien llevará un registro público de ellas.

LEY 20105
Art. 1 N° 13
D.O. 16.05.2006
NOTA

NOTA:

El Art. 2° de la LEY 20105, publicada el 16.05.2006 establece que las modificaciones introducidas al presente artículo entrarán en vigencia 90 días después de su publicación en el Diario Oficial.

Santiago, 22 de Septiembre de 1995.- EDUARDO FREI RUIZ-TAGLE, Presidente de la República.- Carlos Massad Abud, Ministro de Salud.- Sergio Molina Silva, Ministro de Educación.
Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Saluda a Ud.,
Fernando Muñoz Porras, Subsecretario de Salud.

Tribunal Constitucional Proyecto de ley sobre restricciones a actividades relacionadas con el tabaco
El Secretario del Tribunal Constitucional, quien suscribe, certifica que el Honorable Senado envió el proyecto de ley enunciado en el rubro, aprobado por el Congreso Nacional, a fin de que este Tribunal ejerciera el control de la constitucionalidad de los artículos 5° y 9°, y que por sentencia de 5 de septiembre de 1995, los declaró constitucionales.
Santiago, septiembre 6 de 1995.- Rafael Larraín Cruz, Secretario.

Base de Datos de Legislación



Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

Sumario:

- **CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES.**
 - Artículo 1. Objeto.
 - Artículo 2. Definiciones.
- **CAPÍTULO II. LIMITACIONES A LA VENTA, SUMINISTRO Y CONSUMO DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO.**
 - Artículo 3. Venta y suministro de los productos del tabaco.
 - Artículo 4. Venta y suministro a través de máquinas expendedoras.
 - Artículo 5. Prohibición de venta y suministro en determinados lugares.
 - Artículo 6. Limitaciones al consumo de los productos del tabaco.
 - Artículo 7. Prohibición total de fumar.
 - Artículo 8. Habilitación de zonas para fumar.
- **CAPÍTULO III. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y PATROCINIO DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO.**
 - Artículo 9. Limitaciones de la publicidad, promoción y patrocinio de los productos del tabaco.
 - Artículo 10. Reglas aplicables a denominaciones comunes.
- **CAPÍTULO IV. MEDIDAS DE PREVENCIÓN DEL TABAQUISMO, DE PROMOCIÓN DE LA SALUD Y DE FACILITACIÓN DE LA DESHABITUACIÓN TABÁQUICA.**
 - Artículo 11. Acciones y programas.
 - Artículo 12. De los programas de deshabituación tabáquica.
 - Artículo 13. Adopción de medidas.
 - Artículo 14. Criterios y protocolos de las unidades de prevención y control del tabaquismo.
 - Artículo 15. Colaboración de los poderes públicos.
 - Artículo 16. Del Observatorio para la Prevención del Tabaquismo.
 - Artículo 17. Del destino de las sanciones impuestas.
- **CAPÍTULO V. RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES.**
 - Artículo 18. Disposiciones generales.
 - Artículo 19. Infracciones.
 - Artículo 20. Sanciones.
 - Artículo 21. Personas responsables.
 - Artículo 22. Competencias de inspección y sanción.
 - Artículo 23. Ejercicio de acciones individuales y colectivas.
- **DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Venta manual de cigarros y cigarrillos provistos de capa natural.**
- **DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. Régimen especial de los pequeños establecimientos de hostelería y restauración en los que está permitido fumar.**
- **DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA. Centros o dependencias en los que existe prohibición legal de fumar.**
- **DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA. Régimen especial de la Comunidad Autónoma de Canarias.**
- **DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA. Tiendas libres de impuestos.**
- **DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA. Régimen especial de los establecimientos penitenciarios.**
- **DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA. Normativa sobre prevención de riesgos laborales.**
- **DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA. Centros, servicios o establecimientos psiquiátricos.**
- **DISPOSICIÓN ADICIONAL NOVENA. Clubes privados de fumadores.**
- **DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA. Régimen transitorio de determinadas expendedorías y de las máquinas expendedoras.**
- **DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA. Régimen transitorio de las denominaciones comunes.**

(103)

- **DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA.** Régimen transitorio aplicable a la habilitación de zonas para fumar.
- **DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA.**
- **DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA.**
- **DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA.** Derogación normativa.
- **DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA.** Fundamento constitucional.
- **DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA.** Habilitación al Gobierno.
- **DISPOSICIÓN FINAL TERCERA.** Entrada en vigor.

Juan Carlos I,
Rey de España

A todos los que la presente vieren y entendieren.
Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley.

Exposición de motivos

I

En España, al igual que en otros países desarrollados, el tabaquismo es la primera causa aislada de mortalidad y morbilidad evitable. La evidencia científica sobre los riesgos que conlleva el consumo de tabaco para la salud de la población es concluyente.

Se estima, según los datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que el consumo de tabaco es responsable del 90 % de la mortalidad por cáncer de pulmón, del 95 % de las muertes por enfermedad pulmonar obstructiva crónica, del 50 % de la mortalidad cardiovascular y del 30 % de las muertes que se producen por cualquier tipo de cáncer. En España fallece cada año como consecuencia del consumo de tabaco un número de personas que representa el 16 % de todas las muertes ocurridas en la población mayor de treinta y cinco años. Asimismo, hay evidencias científicas de que el humo del tabaco en el ambiente (consumo pasivo o involuntario de tabaco) es causa de mortalidad, enfermedad y discapacidad. La Agencia Internacional de Investigación del Cáncer de la OMS ha determinado que la exposición al aire contaminado con humo del tabaco es carcinogénica en los seres humanos.

El consumo de tabaco, como factor determinante de diferentes patologías y como causa conocida de muerte y de importantes problemas sociosanitarios, constituye uno de los principales problemas para la salud pública; de ahí, pues, la necesidad de implantar medidas dirigidas a su prevención, limitar su oferta y demanda y regular su publicidad, promoción y patrocinio.

Estas medidas deben estar en total sintonía con las actuaciones previstas en la Estrategia Europea para el Control del Tabaquismo 2002 de la Región Europea y con el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, hecho en Ginebra el 21 de mayo de 2003 y ratificado por España el 30 de diciembre de 2004.

Asimismo, la Unión Europea ha visto con preocupación el fenómeno del tabaquismo, que ha pretendido combatir a través de diferentes medidas normativas entre las que destaca la aprobación de la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, Directiva que, mediante esta Ley, se incorpora a nuestro ordenamiento.

La Constitución Española reconoce en su artículo 43 el derecho a la protección de la salud, y encomienda en su apartado 2 a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas. Para contribuir a la efectividad de este derecho, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estableció la obligación de las Administraciones públicas sanitarias de orientar sus actuaciones prioritariamente a la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades, evitar las actividades y productos que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud y regular su publicidad y propaganda comercial.

En el ámbito de la legislación existente sobre aspectos generales relacionados con el tabaco, es de constatar su carácter disperso y asistemático. Así, sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse el Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo, y su modificación posterior, operada mediante el Real Decreto

1293/1999, de 23 de julio, sobre limitaciones en la venta y uso del tabaco para la protección de la salud de la población; el Real Decreto 510/1992, de 14 de mayo, por el que se regula el etiquetado de los productos del tabaco y se establecen determinadas limitaciones en aeronaves comerciales; el Real Decreto 1185/1994, de 3 de junio, sobre etiquetado de productos del tabaco distintos de los cigarrillos y por el que se prohíben determinados tabacos de uso oral y se actualiza el régimen sancionador en materia de tabaco; el Real Decreto 1079/2002, de 18 de octubre, por el que se regulan los contenidos máximos de nicotina, alquitrán y monóxido de carbono de los cigarrillos, el etiquetado de los productos del tabaco, así como las medidas relativas a ingredientes y denominaciones de los productos del tabaco, y el Real Decreto 2198/2004, de 25 de noviembre, por el que se determinan los colectivos a los que se dirigen las políticas de cohesión a efectos de su financiación por el Fondo de cohesión sanitaria durante el ejercicio 2004. La legislación vigente aborda igualmente la regulación de los aspectos publicitarios del fenómeno del tabaco, si bien prohíbe únicamente la publicidad televisiva. La actual regulación se halla contenida básicamente en las Leyes 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, así como en la Ley 22/1999, de 7 de junio, que modifica la anterior.

En el ámbito autonómico, en función de las competencias estatutarias en materia de salud pública, desde muy pronto se sintió la necesidad de abordar la regulación de estas cuestiones; baste citar, a título de ejemplo, la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 20/1985, de 25 de julio, de prevención y asistencia en materia de sustancias que puedan generar dependencia. Hoy puede decirse que la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas ha legislado, bien aprobando normas específicas sobre tabaco, como es el caso de Galicia con el Decreto 75/2001, de 22 de marzo, sobre control sanitario de la publicidad, promoción, suministro, venta y consumo de productos del tabaco, y de la Comunidad Foral de Navarra, con la aprobación de la Ley Foral 6/2003, de 14 de febrero, de prevención del consumo de tabaco, de protección del aire respirable y de la promoción de la salud en relación al tabaco, bien en el marco de regulaciones más amplias, generalmente vinculadas a fenómenos de drogodependencias y otros trastornos adictivos, en el caso de las demás Comunidades Autónomas: Andalucía, Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Madrid, Región de Murcia, La Rioja, Comunidad Valenciana y País Vasco.

Las consideraciones expuestas hacen necesaria la adopción de nuevas medidas en una doble dirección. Por un lado, aquéllas que inciden sobre el consumo y la venta, con el aumento de los espacios sin humo, la limitación de la disponibilidad y accesibilidad a los productos del tabaco, especialmente a los más jóvenes y la garantía de que el derecho de la población no fumadora a respirar aire no contaminado por el humo del tabaco prevalece sobre el de las personas fumadoras. Resulta oportuno y necesario introducir nuevas medidas en la venta y consumo de tabaco para subsanar las limitaciones y deficiencias de la legislación existente que el paso del tiempo, la progresiva evidencia científica, la mayor sensibilización y concienciación social y la proliferación y diversificación de las estrategias de venta y promoción de los productos del tabaco han puesto de manifiesto.

Por otro lado, las medidas relativas a la publicidad y la promoción de los productos del tabaco, ya sea directa o indirecta, y el patrocinio de diferentes actividades, tienen una probada influencia sobre las conductas personales y los hábitos sociales, por lo que se convierten en un claro elemento de inducción y favorecimiento de su consumo, especialmente en el ámbito infantil y juvenil; por ello se hace necesario incidir limitativamente en todas las clases y medios de publicidad, ya sean impresos, radiofónicos, televisivos, electrónicos o cinematográficos.

La adopción de las medidas propuestas se hace también necesaria para ofrecer el soporte y la cobertura normativa a las intervenciones educativas, preventivas y asistenciales desarrolladas en el conjunto del Estado. También, desde este ángulo, se evidencia la necesidad de contar con una base jurídica que facilite la existencia y eficacia de estas intervenciones, especialmente en la población infantil y juvenil, principal sector de población al que se dirige la regulación de los productos del tabaco.

Si bien el establecimiento de espacios sin humo es una actuación prioritaria de protección de la salud para la población en general, lo es en mayor medida en el caso de los menores. Cabe señalar la importancia del papel modélico de los profesionales docentes y sanitarios, en su labor educativa, de sensibilización, concienciación y prevención, fomentando modos de vida sin tabaco.

Con el mismo objetivo, la prohibición de la publicidad directa e indirecta y el patrocinio de los

000084

productos del tabaco, representa una de las principales medidas de protección, dirigidas a la infancia y a la juventud, y pone de manifiesto la responsabilidad de las autoridades públicas, al limitar el acceso y disponibilidad de un producto, que genera adicción, discapacidad, enfermedad y muerte.

No se puede desconocer, por lo demás, que el fenómeno del tabaquismo no se manifiesta de igual manera en hombres y en mujeres. Se han advertido claras diferencias tanto en las causas que inducen al inicio del consumo, en las mismas pautas de consumo, en el mantenimiento de la adicción, en la respuesta a los tratamientos, en la dificultad de abandono y en las tasas en la recaída, y es evidente el mayor impacto negativo para la salud de las mujeres.

Es por ello por lo que se hace necesario contemplar la perspectiva de género en todas y cada una de las estrategias que se desarrollen para el abordaje del tabaquismo, al objeto de eliminar aquellos factores que propician una situación desigual de oportunidades para disfrutar de salud, discapacitarse o morir por causas prevenibles.

Por otra parte, la interacción con la especial fisiología de las mujeres y los procesos reproductivos les añade unos riesgos específicos. Hace varias décadas que se conoce que la nicotina y el monóxido de carbono durante el embarazo son responsables de una mayor propensión al aborto espontáneo y a la mortalidad perinatal, así como una reducción de peso en el recién nacido. La exposición de la mujer gestante como fumadora pasiva al humo del tabaco presente en el ambiente provoca nocividad sobre el feto.

Por todo lo expuesto, y teniendo en cuenta la regulación y el rango normativo de las disposiciones citadas, se hace aconsejable la promulgación de una norma general que sistematice la regulación y cuyo rango sea el adecuado a la finalidad pretendida, para lo que se ha optado por la forma de ley.

II

La Ley se articula en cinco capítulos, dedicados respectivamente a la regulación de las disposiciones generales, las limitaciones a la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco, la regulación de su publicidad, promoción y patrocinio, medidas de prevención del tabaquismo, de promoción de la salud y de facilitación de la deshabituación tabáquica, así como el régimen de las infracciones y sanciones.

El capítulo I se consagra a las disposiciones generales, delimita el objeto y aclara, en forma de definiciones, los conceptos fundamentales que se contienen en la Ley.

El capítulo II regula las limitaciones a la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco. En cuanto a las limitaciones a la venta y suministro, la Ley, en perfecta concordancia con la normativa que disciplina el mercado de tabacos, dispone que la venta y suministro al por menor de productos del tabaco sólo podrá realizarse en la red de expendedurías de tabaco y timbre o a través de máquinas expendedoras que cuenten con las autorizaciones administrativas oportunas, por lo que queda expresamente prohibido en cualquier otro lugar o medio.

Además, se prohíbe vender o entregar a personas menores de dieciocho años productos del tabaco, así como cualquier otro producto que le imite e induzca a fumar. Igualmente, se prohíbe la venta de tabaco por personas menores de dieciocho años. En cualquier caso, se prohíbe la venta y suministro en determinados lugares, tales como centros y dependencias de las Administraciones públicas y entidades de derecho público, centros sanitarios o de servicios sociales y sus dependencias, centros docentes, centros culturales, centros e instalaciones deportivas, centros de atención y ocio de los menores de edad, así como en cualquier otro lugar, centro o establecimiento donde esté prohibido su consumo.

En cuanto a las limitaciones sobre el consumo, la Ley parte de la distinción entre lugares donde se establece la prohibición total de fumar y lugares donde se prohíbe fumar pero se permite la habilitación de zonas para fumar, siempre que se cumplan determinados requisitos, tales como una señalización adecuada, la separación física del resto de las dependencias y la dotación de sistemas de ventilación independiente.

El capítulo III incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de

los productos del tabaco.

La Ley no se limita, sin embargo, a la mera transposición de la normativa comunitaria, sino que, además, regula la prohibición de la distribución gratuita o promocional de productos, bienes o servicios o cualquier otra actuación cuyo objetivo o efecto directo o indirecto, principal o secundario, sea la promoción de un producto del tabaco, así como de la de toda clase de publicidad, promoción y patrocinio de los productos del tabaco en todos los medios, incluidos los servicios de la sociedad de la información, aunque con determinadas excepciones.

Este capítulo se completa con normas sobre las denominaciones comunes, expresión con la que se identifica a los nombres, marcas, símbolos o cualesquiera otros signos distintivos que sean utilizados para productos del tabaco y, simultáneamente, para otros bienes o servicios y que hayan sido comercializados u ofrecidos por una misma empresa o grupo de empresas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

El capítulo IV incorpora medidas de prevención del tabaquismo impulsando acciones de educación para la salud y de información sanitaria.

También recoge la promoción de programas para la deshabituación tabáquica en la red asistencial del Sistema Nacional de Salud.

Se crea el Observatorio para la Prevención del Tabaquismo, así como las necesarias medidas de coordinación en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para el mejor cumplimiento de la Ley.

La Ley se completa con un preciso régimen de infracciones y sanciones en el capítulo V, en el que, además de tipificar las correspondientes conductas contrarias a la norma y asignarles el respectivo reproche sancionador, se identifican los responsables, incluso en los supuestos de infracciones cometidas por menores, y se delimitan claramente las competencias sancionadoras.

Todas estas medidas, enmarcadas en el contexto de las políticas de salud pública que las Administraciones públicas deben promover, podrán complementarse con programas de prevención y control del tabaquismo.

CAPÍTULO I. **DISPOSICIONES GENERALES.**

Artículo 1. Objeto.

Esta Ley tiene por objeto:

- a. Establecer, con carácter básico, las limitaciones, siempre que se trate de operaciones al por menor, en la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco, así como regular la publicidad, la promoción y el patrocinio de dichos productos, para proteger la salud de la población.
- b. Promover los mecanismos necesarios para la prevención y control del tabaquismo.

Artículo 2. Definiciones.

A los efectos de esta Ley, se entiende por:

- a. Productos del tabaco: los destinados a ser fumados, inhalados, chupados o masticados, que estén constituidos, aunque sólo sea en parte, por tabaco.
- b. Publicidad: toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco o el uso del tabaco, incluida la publicidad que, sin mencionar directamente un producto del tabaco, intente eludir la prohibición de la publicidad utilizando nombres, marcas, símbolos u otros elementos distintivos de productos del tabaco.

000085

- c. Patrocinio: cualquier tipo de contribución, pública o privada, a un acontecimiento, una actividad o un individuo cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco o el uso del tabaco.
- d. Promoción: todo estímulo de la demanda de productos del tabaco, como anuncios, publicidad y actos especiales, entre otros, destinados a atraer la atención y suscitar el interés de los consumidores.

CAPÍTULO II.

LIMITACIONES A LA VENTA, SUMINISTRO Y CONSUMO DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO.

Artículo 3. Venta y suministro de los productos del tabaco.

1. La venta y suministro al por menor de productos del tabaco sólo podrá realizarse en la red de expendedurías de tabaco y timbre o a través de máquinas expendedoras, ubicadas en establecimientos que cuenten con las autorizaciones administrativas oportunas, para la venta mediante máquinas, y queda expresamente prohibido en cualquier otro lugar o medio.

2. Se prohíbe vender o entregar a personas menores de dieciocho años productos del tabaco, así como cualquier otro producto que le imite e induzca a fumar. En particular, se prohíbe la venta de dulces, refrigerios, juguetes y otros objetos que tengan forma de productos del tabaco y puedan resultar atractivos para los menores. Igualmente, se prohíbe la venta de tabaco por personas menores de dieciocho años.

En el empaquetado de los productos del tabaco deberá incluirse una referencia expresa a la prohibición de su venta a menores de dieciocho años.

3. En todos los establecimientos en los que esté autorizada la venta y suministro de productos del tabaco, se instalarán en lugar visible carteles que, de acuerdo con las características que señalen las normas autonómicas en su respectivo ámbito territorial, informen, en castellano y en las lenguas cooficiales, de la prohibición de venta de tabaco a los menores de dieciocho años y adviertan sobre los perjuicios para la salud derivados del uso del tabaco. En estos establecimientos se exigirá a todas las personas compradoras, salvo que sea evidente que son mayores de edad, acreditar dicha edad mediante documento de valor oficial.

4. Se prohíbe la comercialización, venta y suministro de cigarrillos y cigarritos no provistos de capa natural en unidades sueltas o empaquetamientos de menos de 20 unidades.

5. Se prohíbe, en el ejercicio de una actividad comercial o empresarial, la entrega, suministro o distribución de muestras de cualquier producto del tabaco, sean o no gratuitas, y la venta de productos del tabaco con descuento.


Se presume que la entrega, suministro o distribución de muestras tiene lugar en el ejercicio de una actividad comercial o empresarial cuando se efectúa directamente por el fabricante, productor, distribuidor, importador o vendedor.

6. Se prohíbe la venta y suministro de productos del tabaco por cualquier otro método que no sea la venta directa personal o a través de máquinas expendedoras que guarden las condiciones señaladas en el artículo siguiente. Queda expresamente prohibida la venta o suministro al por menor de productos del tabaco de forma indirecta o no personal, mediante la venta a distancia o procedimientos similares.

Artículo 4. Venta y suministro a través de máquinas expendedoras.

La venta y el suministro a través de máquinas expendedoras se realizará de acuerdo con las siguientes condiciones:

a. Uso: se prohíbe a los menores de dieciocho años el uso de máquinas expendedoras de productos del tabaco.

b.  Ubicación: Las máquinas expendedoras de productos del tabaco sólo podrán ubicarse

en el interior de quioscos de prensa situados en la vía pública o en el interior de locales, centros o establecimientos en los que no esté prohibido fumar y en locales específicos de venta de prensa con acceso directo a la vía pública, así como en aquéllos a los que se refieren las letras b, c y d del artículo 8.1 en una localización que permita la vigilancia directa y permanente de su uso por parte del titular del local o de sus trabajadores.

No se podrán ubicar en las áreas anexas o de acceso previo a los locales, como son las zonas de cortavientos, porches, pórticos, pasillos de centros comerciales, vestíbulos, distribuidores, escaleras, soportales o lugares similares que puedan ser parte de un inmueble pero no constituyen propiamente el interior de éste.

- c. Advertencia sanitaria: en la superficie frontal de las máquinas figurará, de forma clara y visible, en castellano y en las lenguas cooficiales de las Comunidades Autónomas, una advertencia sanitaria sobre los perjuicios para la salud derivados del uso del tabaco, especialmente para los menores, de acuerdo con las características que señalen las normas autonómicas en su respectivo ámbito territorial.
- d. Características: para garantizar el uso correcto de estas máquinas, deberán incorporar los mecanismos técnicos adecuados que permitan impedir el acceso a los menores de edad.
- e. Incompatibilidad: en estas máquinas no podrán suministrarse otros productos distintos del tabaco.
- f. Registro: las máquinas expendedoras de productos del tabaco se inscribirán en un registro especial gestionado por el Comisionado para el Mercado de Tabacos.

Artículo 5. Prohibición de venta y suministro en determinados lugares.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, queda prohibida la venta y suministro de productos del tabaco en los siguientes lugares:

- a. Centros y dependencias de las Administraciones públicas y entidades de Derecho público.
- b. Centros sanitarios o de servicios sociales y sus dependencias.
- c. Centros docentes, independientemente de la edad del alumnado y del tipo de enseñanza.
- d. Centros culturales.
- e. Centros e instalaciones deportivas.
- f. Centros de atención y de ocio y de esparcimiento de los menores de edad.
- g. En cualquier otro lugar, centro o establecimiento donde esté prohibido su consumo, así como en los espacios al aire libre señalados en el artículo 7.
- h. En los lugares donde se permita habilitar zonas para fumadores no se podrá vender tabaco, salvo en el supuesto previsto en las letras b, c y d del artículo 8.1, en el que se podrá vender a través de máquinas expendedoras debidamente autorizadas.

Artículo 6. Limitaciones al consumo de los productos del tabaco.

El consumo de productos del tabaco deberá hacerse exclusivamente en aquellos lugares o espacios en los que no esté totalmente prohibido o en los especialmente habilitados para ello. A tales efectos, se distingue entre los lugares en los que está totalmente prohibido fumar y aquellos otros en los que, pese a esa prohibición, se permite la habilitación de zonas para el consumo del tabaco.

Artículo 7. Prohibición total de fumar.

Se prohíbe totalmente fumar, además de en aquellos lugares o espacios definidos en la normativa de

86

000086

las Comunidades Autónomas, en:

- a. Centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre.
- b. Centros y dependencias de las Administraciones públicas y entidades de Derecho público.
- c. Centros, servicios o establecimientos sanitarios.
- d. Centros docentes y formativos, independientemente de la edad del alumnado y del tipo de enseñanza.
- e. Instalaciones deportivas y lugares donde se desarrollen espectáculos públicos, siempre que no sean al aire libre.
- f. Zonas destinadas a la atención directa al público.
- g. Centros comerciales, incluyendo grandes superficies y galerías, salvo en los espacios al aire libre. En los bares, restaurantes y demás establecimientos de hostelería y restauración situados en su interior y separados del resto de sus dependencias, no se podrá fumar, sea cual fuere su superficie, salvo que se habiliten zonas para fumadores, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.
- h. Centros de atención social para menores de dieciocho años.
- i. Centros de ocio o esparcimiento, en los que se permita el acceso a menores de dieciocho años, salvo en los espacios al aire libre.
- j. Centros culturales, salas de lectura, exposición, biblioteca, conferencias y museos.
- k. Salas de fiesta o de uso público en general, durante el horario o intervalo temporal en el que se permita la entrada a menores de dieciocho años.
- l. Áreas o establecimientos donde se elaboren, transformen, preparen, degusten o vendan alimentos.
- m. Ascensores y elevadores.
- n. Cabinas telefónicas, recintos de los cajeros automáticos y otros espacios de uso público de reducido tamaño.
Se entiende por espacio de uso público de reducido tamaño aquel que no ocupe una extensión superior a cinco metros cuadrados.
- ñ. Vehículos o medios de transporte colectivo urbano e interurbano, vehículos de transporte de empresa, taxis, ambulancias, funiculares y teleféricos.
- o. Todos los espacios del transporte suburbano (vagones, andenes, pasillos, escaleras, estaciones, etc.), salvo los espacios que se encuentren por completo al aire libre.
- p. Medios de transporte ferroviarios y marítimos, salvo en los espacios al aire libre.
- q. Aeronaves con origen y destino en territorio nacional y en todos los vuelos de compañías aéreas españolas, incluidos aquellos compartidos con vuelos de compañías extranjeras.
- r. Estaciones de servicio y similares.
- s. En cualquier otro lugar en el que, por mandato de esta Ley o de otra norma o por decisión de su titular, se prohíba fumar.

110

Artículo 8. Habilitación de zonas para fumar.

1. Se prohíbe fumar, aunque se permite habilitar zonas para fumar, en los siguientes espacios o lugares:

- a. Centros de atención social.
- b. Hoteles, hostales y establecimientos análogos.
- c. Bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados, con una superficie útil destinada a clientes o visitantes igual o superior a cien metros cuadrados, salvo que se hallen ubicados en el interior de centros o dependencias en los que se prohíba fumar de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.
- d. Salas de fiesta, establecimientos de juego, o de uso público en general, durante el horario o intervalo temporal en el que no se permita la entrada a menores de dieciocho años, salvo en los espacios al aire libre.
- e. Salas de teatro, cine y otros espectáculos públicos que se realizan en espacios cerrados. En estos casos, la ubicación de la zona de fumadores deberá situarse fuera de las salas de representación o proyección.
- f. Aeropuertos.
- g. Estaciones de autobuses.
- h. Estaciones de transporte marítimo y ferroviario.
- i. En cualquier otro lugar en el que, sin existir prohibición de fumar, su titular así lo decida.
- j. En cualquier lugar o espacio permitido por la normativa de las Comunidades Autónomas, fuera de los supuestos enumerados en el artículo 7.

2. Podrán habilitarse zonas para fumar únicamente en los lugares señalados en el apartado anterior, siempre que reúnan, al menos, los siguientes requisitos:

- a. Deberán estar debida y visiblemente señalizadas, en castellano y en la lengua cooficial, con las exigencias requeridas por las normas autonómicas correspondientes.
- b. Deberán estar separadas físicamente del resto de las dependencias del centro o entidad y completamente compartimentadas, y no ser zonas de paso obligado para las personas no fumadoras, salvo que éstas tengan la condición de trabajadoras o empleadas en aquéllas y sean mayores de dieciséis años.
- c. Deberán disponer de sistemas de ventilación independiente u otros dispositivos o mecanismos que permitan garantizar la eliminación de humos.
- d. En todo caso, la superficie de la zona habilitada deberá ser inferior al 10 % de la total destinada a clientes o visitantes del centro o establecimiento, salvo en los supuestos a que se refieren las letras b, c y d del apartado anterior, en los que se podrá destinar, como máximo, el 30 % de las zonas comunes para las personas fumadoras. En ningún caso, el conjunto de las zonas habilitadas para fumadores en cada uno de los espacios o lugares a que se refiere el apartado 1 de este artículo podrá tener una superficie superior a trescientos metros cuadrados.

En los lugares designados en la letra b del apartado 1 de este artículo, se podrá reservar hasta un 30 % de habitaciones para huéspedes fumadores.

- e. En los establecimientos en los que se desarrollen dos actividades, separadas en el espacio, de las enumeradas en este artículo, la superficie útil se computará para cada una de ellas de forma independiente, excluyendo del cómputo las zonas comunes y de tránsito, en las que, en ningún

ff

000087

(111)

caso, se permitirá el consumo de tabaco.

En todos los casos en que no fuera posible dotar a estas zonas de los requisitos exigidos, se mantendrá la prohibición de fumar en todo el espacio.

3. En las zonas habilitadas para fumar de los establecimientos a que se refiere el presente artículo no se permitirá la presencia de menores de dieciséis años.

CAPÍTULO III.

REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y PATROCINIO DE LOS PRODUCTOS DEL TABACO.

Artículo 9. Limitaciones de la publicidad, promoción y patrocinio de los productos del tabaco.

1. Queda prohibido el patrocinio de los productos del tabaco, así como toda clase de publicidad, y promoción de los citados productos en todos los medios y soportes, incluidas las máquinas expendedoras y los servicios de la sociedad de la información, con las siguientes excepciones:

- a. Las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales que intervienen en el comercio del tabaco.
- b. Las presentaciones de productos del tabaco a profesionales del sector en el marco de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, así como la promoción de dichos productos en las expendedorías de tabaco y timbre del Estado, siempre que no tenga como destinatarios a los menores de edad ni suponga la distribución gratuita de tabaco o de bienes y servicios relacionados exclusivamente con productos del tabaco o con el hábito de fumar o que lleven aparejados nombres, marcas, símbolos o cualesquiera otros signos distintivos que sean utilizados para los productos del tabaco. En todo caso, el valor o precio de los bienes o servicios citados no podrá ser superior al cinco por ciento del precio de los productos del tabaco que se pretenda promocionar.

En ningún caso, dichas actividades podrán realizarse en los escaparates ni extenderse fuera de dichos establecimientos, ni dirigirse al exterior.

- c. Las publicaciones que contengan publicidad de productos del tabaco, editadas o impresas en países que no forman parte de la Unión Europea, siempre que dichas publicaciones no estén destinadas principalmente al mercado comunitario, salvo que estén dirigidas principalmente a los menores de edad.

2. Se prohíbe, fuera de la red de expendedorías de tabaco y timbre del Estado; la distribución gratuita o promocional de productos, bienes o servicios o cualquier otra actuación, cuyo objetivo o efecto directo o indirecto, principal o secundario, sea la promoción de un producto del tabaco.

Artículo 10. Reglas aplicables a denominaciones comunes.

Queda prohibido el empleo de nombres, marcas, símbolos o cualesquiera otros signos distintivos que sean utilizados para identificar en el tráfico productos del tabaco y, simultáneamente, otros bienes o servicios y sean comercializados u ofrecidos por una misma empresa o grupo de empresas.

A tal efecto, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las empresas que constituyan una unidad de decisión, porque alguna de ellas ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto. Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concorra alguno de los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio y en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

CAPÍTULO IV.

MEDIDAS DE PREVENCIÓN DEL TABAQUISMO, DE PROMOCIÓN DE LA SALUD Y DE FACILITACIÓN DE LA DESHABITUACIÓN TABÁQUICA.

Artículo 11. Acciones y programas.

Las Administraciones públicas competentes promoverán directamente y en colaboración con sociedades científicas, agentes sociales y organizaciones no gubernamentales, acciones y programas de educación para la salud, información sanitaria y de prevención del tabaquismo.

Artículo 12. De los programas de deshabituación tabáquica.

Las Administraciones públicas competentes promoverán el desarrollo de programas sanitarios para la deshabituación tabáquica en la red asistencial sanitaria, en especial en la atención primaria. Asimismo, se promoverán los programas de promoción del abandono del consumo de tabaco en instituciones docentes, centros sanitarios, centros de trabajo y entornos deportivos y de ocio. La creación de unidades de deshabituación tabáquica se potenciará y promoverá en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Artículo 13. Adopción de medidas.

En la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo se atenderá, de manera particular, la perspectiva de género y las desigualdades sociales. Asimismo, las Administraciones públicas competentes promoverán las medidas necesarias para la protección de la salud y la educación de los menores, con el fin de prevenir y evitar el inicio en el consumo y de ayudar a éstos en el abandono de la dependencia. Se potenciará la puesta en marcha de programas de actuación en la atención pediátrica infantil con información específica para los padres fumadores y campañas sobre los perjuicios que la exposición al humo provoca en los menores.

Artículo 14. Criterios y protocolos de las unidades de prevención y control del tabaquismo.

El Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá, en coordinación con las Comunidades Autónomas y las sociedades científicas correspondientes, los criterios y protocolos definitorios de las unidades de prevención y control del tabaquismo.

Artículo 15. Colaboración de los poderes públicos.

De conformidad con los objetivos de esta Ley, el Gobierno, en colaboración con las Comunidades Autónomas, y en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, propondrá las iniciativas, programas y actividades a desarrollar para el mejor cumplimiento de esta Ley y coordinará las actuaciones intersectoriales e interterritoriales.

Artículo 16. Del Observatorio para la Prevención del Tabaquismo.

Se creará en el seno del Ministerio de Sanidad y Consumo, y en colaboración con las Comunidades Autónomas, sociedades científicas, asociaciones de consumidores y organizaciones no gubernamentales, el Observatorio para la Prevención del Tabaquismo. Sus funciones, entre otras, serán:

1. Proponer las iniciativas, programas y actividades a realizar para lograr los objetivos de la Ley.
2. Establecer los objetivos de reducción de la prevalencia del tabaquismo.
3. Elaborar un informe anual sobre la situación, aplicación, resultados y cumplimiento de esta Ley.

Artículo 17. Del destino de las sanciones impuestas.

Las Administraciones competentes podrán destinar total o parcialmente los importes por la recaudación de sanciones, dispuestas conforme a lo establecido en esta Ley, al desarrollo de programas de investigación, de educación, de prevención, de control del tabaquismo y de facilitación de la deshabituación tabáquica.

CAPÍTULO V.
RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES.

Artículo 18. Disposiciones generales.



000088

1. La potestad sancionadora regulada en esta Ley se ejercerá, en todo lo no previsto en ella, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro tipo que puedan concurrir.

2. En los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves se podrán adoptar, con arreglo a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sus normas de desarrollo, y sin perjuicio de las que pudieran establecer las normas de las Comunidades Autónomas, las medidas de carácter provisional previstas en dichas normas que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales. En particular, podrán acordarse las siguientes:

- a. En caso de infracciones muy graves, la suspensión temporal de la actividad del infractor y, en su caso, el cierre provisional de sus establecimientos.
- b. El precinto, el depósito o la incautación de los productos del tabaco.
- c. El precinto, el depósito o la incautación de registros, soportes y archivos informáticos y de documentos en general, así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo.
- d. Advertir al público de la existencia de posibles conductas infractoras y de la incoación del expediente sancionador de que se trate, así como de las medidas adoptadas para el cese de dichas conductas.

En la adopción y cumplimiento de tales medidas se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar afectados.

En casos de urgencia y para la inmediata protección de los intereses implicados, las medidas provisionales previstas en este artículo podrán ser acordadas antes de la iniciación del expediente sancionador. Las medidas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los 15 días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento sancionador en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de aquellas. El órgano administrativo competente para resolver el procedimiento sancionador podrá imponer multas coercitivas por importe que no exceda de 6.000 euros por cada día que transcurra sin cumplir las medidas provisionales que hubieran sido acordadas.

3. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años; las graves, a los dos años, y las leves, a los seis meses. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años; las impuestas por faltas graves, a los dos años, y las impuestas por faltas leves, al año.

Artículo 19. Infracciones.

1. Las infracciones por incumplimiento de lo previsto en esta Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.

2. Se considerarán infracciones leves:

- a. Fumar en los lugares en que exista prohibición total o fuera de las zonas habilitadas al efecto.
- b. No disponer o no exponer en lugar visible en los establecimientos en los que esté autorizada la venta de productos del tabaco los carteles que informen de la prohibición de venta de tabaco a los menores de dieciocho años y adviertan sobre los perjuicios para la salud derivados del uso del tabaco.
- c. Que las máquinas expendedoras no dispongan de la preceptiva advertencia sanitaria o no cumplan con las características legalmente preceptivas.

114

- d. No informar en la entrada de los establecimientos de la prohibición o no de fumar, así como de la existencia de zonas habilitadas para fumadores y no fumadores o no cumplir el resto de obligaciones formales a que se refiere esta Ley.
- e. No señalar debidamente las zonas habilitadas para fumar.
- f. La venta o comercialización de productos del tabaco por personas menores.

3. Se considerarán infracciones graves:

- a. Habilitar zonas para fumar en establecimientos y lugares donde no esté permitida su habilitación o que aquellas no reúnan los requisitos de separación de otras zonas, ventilación y superficie legalmente exigidas.
- b. Permitir fumar en los lugares en que exista prohibición total, o fuera de las zonas habilitadas al efecto.
- c. La acumulación de tres infracciones de las previstas en el apartado 2.a del presente artículo.
- d. La comercialización, venta y suministro de cigarrillos y cigarritos no provistos de capa natural en unidades de empaquetamiento de venta inferior a 20 unidades, así como por unidades individuales.
- e. La venta y suministro de cigarrillos y cigarritos provistos de capa natural por unidades en aquellos lugares en los que ello no esté permitido.
- f. La entrega o distribución de muestras de cualquier producto del tabaco, sean o no gratuitas.
- g. La instalación o emplazamiento de máquinas expendedoras de labores de tabaco en lugares expresamente prohibidos.
- h. El suministro o dispensación a través de máquinas expendedoras de tabaco de productos distintos al tabaco.
- i. La venta y suministro de productos del tabaco mediante la venta a distancia o procedimientos similares, excepto la venta a través de máquinas expendedoras.
- j. La distribución gratuita o promocional, fuera de la red de expendedorías de tabaco y timbre del Estado, de productos, bienes o servicios con la finalidad o efecto directo o indirecto de promocionar un producto del tabaco.
- k. La venta de productos del tabaco con descuento.
- l. La venta o entrega a personas menores de dieciocho años de productos del tabaco o de productos que imiten productos del tabaco e induzcan a fumar, así como de dulces, refrigerios, juguetes y otros objetos que tengan forma de productos del tabaco y puedan resultar atractivos para los menores.
- m. Permitir a los menores de dieciocho años el uso de máquinas expendedoras de productos del tabaco.
- n. Que las máquinas expendedoras no dispongan del mecanismo adecuado de activación o puesta en marcha por el titular del establecimiento.
- ñ. La distribución gratuita o promocional de productos, bienes o servicios con la finalidad o efecto directo o indirecto de promocionar un producto del tabaco a menores de dieciocho años.
- o. La comercialización de bienes o servicios utilizando nombres, marcas, símbolos u otros signos distintivos ya utilizados para un producto del tabaco en condiciones distintas de las permitidas en el artículo 10 y en la disposición transitoria segunda.

89

000089

p. La comercialización de productos del tabaco utilizando el nombre, la marca, el símbolo o cualquier otro signo distintivo de cualquier otro bien o servicio en condiciones distintas de las permitidas en esta Ley.

q. La venta, cesión o suministro de productos del tabaco incumpliendo las demás prohibiciones o limitaciones establecidas en esta Ley.

r. La distribución gratuita en las expendedurías de tabaco y timbre del Estado de bienes y servicios relacionados exclusivamente con productos del tabaco o con el hábito de fumar o que lleven aparejados nombres, marcas, símbolos o cualesquiera otros signos distintivos que sean utilizados para los productos del tabaco.

4. Son infracciones muy graves la publicidad, promoción y patrocinio de los productos del tabaco en todos los medios, incluidos los servicios de la sociedad de la información, salvo los supuestos previstos en el artículo 9.1.

Artículo 20. Sanciones.

1. Las infracciones leves previstas en el artículo 19.2.a serán sancionadas con multa de hasta 30 euros si la conducta infractora se realiza de forma aislada, y con multa de 30 hasta 600 euros en los demás casos; las graves, con multa desde 601 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves, desde 10.001 euros hasta 600.000 euros.

2. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta el riesgo generado para la salud, la capacidad económica del infractor, la repercusión social de la infracción, el beneficio que haya reportado al infractor la conducta sancionada y la previa comisión de una o más infracciones a esta Ley. Las sanciones se dividirán, dentro de cada categoría, en tres grados, mínimo, medio y máximo. Se impondrán en grado máximo las sanciones por hechos cuyo perjudicado o sujeto pasivo sea un menor de edad y las que se impongan en los casos en los que la conducta infractora se realice con habitualidad o de forma continuada, salvo que la habitualidad o continuidad formen parte del tipo de la infracción. Se impondrán en grado mínimo cuando se cometan por un menor de edad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21.8.

3. En todo caso, cuando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido por la comisión de la infracción, la sanción será aumentada hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor.

4. Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, tipificadas en ésta u otras Leyes, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte la mayor sanción.

5. Cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de la administrativa.

6. La exigencia de responsabilidades administrativas será compatible con las civiles o de otro orden que pudieran concurrir.

7. Las cuantías de las multas serán revisadas y actualizadas periódicamente por el Gobierno mediante real decreto.

Artículo 21. Personas responsables.

1. De las diferentes infracciones será responsable su autor, entendiéndose por tal la persona física o jurídica que cometa los hechos tipificados como tales.

2. En el caso de las infracciones tipificadas en el artículo 19.2.b, d, e y f y 19.3.a, serán responsables los titulares de los establecimientos en los que se cometa la infracción.

3. De las infracciones tipificadas en el artículo 19.2.c y 19.3.n responderán solidariamente el fabricante, el importador, en su caso, el distribuidor y el explotador de la máquina.

116
280000

4. De las infracciones tipificadas en el artículo 19.3.g y h será responsable el explotador de la máquina.
5. En el caso del artículo 19 en los apartados 3.b y 3.l en el supuesto de venta de productos del tabaco a menores de dieciocho años y del artículo 19.3.m, responderá el titular del local, centro o establecimiento en el que se cometa la infracción o, en su defecto, el empleado de aquel que estuviese a cargo del establecimiento o centro en el momento de cometerse la infracción. Si el titular del local, centro o establecimiento fuera una Administración pública, responderá dicha Administración, sin perjuicio de que ésta exija a sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido.
6. En el caso de la infracción tipificada en el artículo 19.3.l de entrega a personas menores de dieciocho años de productos del tabaco, será responsable quien hubiera realizado la entrega al menor.
7. En el caso de infracciones en materia de publicidad, será considerado responsable solidario, además de la empresa publicitaria, el beneficiario de la publicidad, entendiéndose por tal al titular de la marca o producto anunciado, así como el titular del establecimiento o espacio en el que se emite el anuncio.
8. Cuando sea declarada la responsabilidad de los hechos cometidos por un menor, responderán solidariamente con él sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden, en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a éstos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores. La responsabilidad solidaria vendrá referida a la pecuniaria derivada de la multa impuesta. Previo el consentimiento de las personas referidas y oído el menor, podrá sustituirse la sanción económica de la multa por las medidas reeducadoras que determine la normativa autonómica.

Artículo 22. Competencias de inspección y sanción.

1. La Administración General del Estado ejercerá las funciones de inspección y control, de oficio o a demanda de parte, así como la instrucción de expedientes sancionadores e imposición de sanciones, en el ámbito del transporte aéreo, marítimo o terrestre, cuando éstos se desarrollen en el marco supraautonómico o internacional, así como en todos aquellos recintos, dependencias o medios que, por sus características, excedan del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía.
2. Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía, en su caso, ejercerán las funciones de control e inspección, de oficio o a instancia de parte, así como la instrucción de expedientes sancionadores e imposición de sanciones.
3. Las competencias sancionadoras de los órganos a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que corresponden al Comisionado para el Mercado de Tabacos de acuerdo con la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria.
4. Tratándose de las infracciones cometidas a través de la radio o televisión, las Comunidades Autónomas ejercerán el control y la inspección para garantizar el cumplimiento de lo previsto en esta Ley y, en su caso, tramitarán los correspondientes procedimientos sancionadores e impondrán las oportunas sanciones en relación con los servicios de televisión y radiodifusión cuyos ámbitos de cobertura, cualquiera que sea el medio de transmisión empleado, no sobrepasen sus respectivos límites territoriales. También serán competentes en relación con los servicios de televisión y radiodifusión cuya prestación se realice directamente por ellas o por entidades a las que hayan conferido un título habilitante dentro del correspondiente ámbito autonómico.

Corresponden al Estado, a través del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, las competencias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley en los demás servicios de televisión y radio. En estos supuestos, no serán de aplicación las disposiciones contenidas en el capítulo V de la Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 85/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

5. Las infracciones que se cometan a través de servicios o dispositivos de la sociedad de la información serán sancionadas por las autoridades a que se refiere el artículo 43 de la Ley 34/2002,

90

000090

de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Artículo 23. Ejercicio de acciones individuales y colectivas.

1. El titular de un derecho o interés legítimo afectado podrá exigir ante los órganos administrativos y jurisdiccionales de cualquier orden la observancia y cumplimiento de lo dispuesto en esta Ley.
2. En materia de publicidad, cualquier persona natural o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes fueran titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán solicitar la cesación de la publicidad contraria a esta Ley, en los términos previstos, según proceda, en las Leyes 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, y 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
3. Cuando la publicidad ilícita afecte a los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, se podrá ejercitar la acción colectiva de cesación con amparo en las disposiciones citadas en el apartado 2.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Venta manual de cigarros y cigarrillos provistos de capa natural.

No obstante lo dispuesto en los artículos 3.1 y 5.g, en lo que se refiere a la venta a través de la red de expendedoras de tabaco y timbre y de máquinas expendedoras, se permite la venta manual de cigarros y cigarrillos provistos de capa natural en los establecimientos a que se refiere la letra c, del apartado 1 del artículo 8, que cuenten con autorización administrativa otorgada por el Comisionado para el Mercado de Tabacos.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. Régimen especial de los pequeños establecimientos de hostelería y restauración en los que está permitido fumar.

Los establecimientos de hostelería y restauración, en los que no existe prohibición legal de fumar, por tratarse de establecimientos cerrados, que sirvan alimentos y/o bebidas para su consumo, con una superficie útil destinada a clientes y/o visitantes inferior a cien metros cuadrados, deberán informar, en la forma que se señale en la normativa autonómica, en castellano y en la lengua cooficial, acerca de la decisión de permitir fumar o no en su interior. Igualmente, se regulará autonómicamente la información que se deberá incorporar a los anuncios publicitarios, propaganda y demás medios en que anuncie o informe sobre el establecimiento.

DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA. Centros o dependencias en los que existe prohibición legal de fumar.

En los centros o dependencias en los que existe prohibición legal de fumar deberán colocarse en su entrada, en lugar visible, carteles que anuncien la prohibición del consumo de tabaco y los lugares en los que, en su caso, se encuentran las zonas habilitadas para fumar de acuerdo con el artículo 8.2.

DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA. Régimen especial de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de las peculiaridades del Régimen Económico y Fiscal de Canarias respecto de la libertad comercial de los productos del tabaco en los establecimientos comerciales situados en el archipiélago canario, sin que esta excepción suponga limitación en la aplicación de las demás prescripciones contenidas en esta Ley, en especial lo previsto en las letras a, b, c, d, e y f del artículo 5, y en todo caso, las destinadas a la protección de menores.

DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA. Tiendas libres de impuestos.

Las denominadas *tiendas libres de impuestos* autorizadas en puertos y aeropuertos, a las que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, podrán continuar desarrollando su actividad de venta de tabaco, de conformidad con lo previsto en la citada disposición.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA. Régimen especial de los establecimientos penitenciarios.

Se exceptúa de lo dispuesto en el artículo 5.a, a las expendedorías de tabaco y timbre a que se refiere la disposición adicional séptima.2 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria.

En los establecimientos penitenciarios se permite habilitar zonas para fumar.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA. Normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Lo establecido en esta Ley se entiende sin perjuicio de las demás limitaciones y prohibiciones al consumo de tabaco contenidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA. Centros, servicios o establecimientos psiquiátricos.

En los centros, servicios o establecimientos psiquiátricos, se podrán habilitar zonas para los pacientes a quienes, por criterio médico, así se determine.

DISPOSICIÓN ADICIONAL NOVENA. Clubes privados de fumadores.

A los clubes privados de fumadores, legalmente constituidos como tales, no les será de aplicación lo dispuesto en esta Ley, relativo a la prohibición de fumar, publicidad, promoción y patrocinio, siempre que se realice en el interior de sus dependencias y los destinatarios sean única y exclusivamente los socios.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA. Régimen transitorio de determinadas expendedorías y de las máquinas expendedoras.

1. Las expendedorías de tabaco y timbre del Estado existentes a la fecha de entrada en vigor de esta Ley que se vean afectadas por la limitación establecida en el artículo 5.g podrán continuar vendiendo labores del tabaco hasta la extinción de la concesión correspondiente. Los titulares de las restantes expendedorías a que hace referencia el artículo 5 dispondrán del plazo de un año, contado desde la entrada en vigor de esta Ley, para solicitar el cambio de emplazamiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre. Trascurrido dicho plazo, no se podrán vender productos del tabaco en tales lugares.

2. Los fabricantes, titulares y cesionarios de máquinas expendedoras de productos del tabaco dispondrán del plazo de un año contado desde la entrada en vigor de esta Ley para adaptar las máquinas a las exigencias y requisitos tecnológicos a que se refiere el artículo 4.d. Las máquinas de nueva fabricación deberán incorporar tales exigencias desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA. Régimen transitorio de las denominaciones comunes.

Las denominaciones comunes a que se refiere el artículo 10 que hubieran sido comercializadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley podrán continuar utilizándose, si bien los nombres, marcas, símbolos o signos distintivos deberán mostrar un aspecto claramente distinto del utilizado en el producto del tabaco y no incluir ningún otro signo distintivo ya usado para dicho producto.

A partir de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, ningún bien o servicio que se introduzca en el mercado podrá utilizar nombres, marcas, símbolos u otros signos distintivos ya utilizados para un producto del tabaco.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA. Régimen transitorio aplicable a la habilitación de zonas para fumar.

Los requisitos para habilitar zonas para fumadores a que se refiere el apartado 2 del artículo 8, serán exigibles una vez transcurridos ocho meses, contados desde la entrada en vigor de esta Ley. Durante ese período, al menos, deberán estar debidamente señalizadas y separadas las zonas de fumadores y

000091

no fumadores.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA.

Podrán seguir comercializándose hasta tres meses después de la entrada en vigor de la presente Ley las unidades de empaquetamiento de cigarrillos, y hasta seis meses después de la entrada en vigor las unidades de empaquetamiento de los demás productos del tabaco que no se ajusten a las disposiciones de esta Ley.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA. Derogación normativa.

Quedan derogadas, además de cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley, las siguientes:

- a. El apartado 9 del artículo 4 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria.
- b. El artículo 8.5 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en lo referente a la publicidad del tabaco.
- c. El Real Decreto 709/1982, de 5 de marzo, por el que se regula la publicidad y consumo del tabaco.
- d. El Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo, sobre limitaciones en la venta y uso del tabaco para la protección de la salud de la población, en la redacción dada por el Real Decreto 1293/1999, de 23 de julio.
- e. El artículo 32 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria y se regula el estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Fundamento constitucional.

1. Esta Ley se dicta con carácter básico al amparo del artículo 149.1.1, 16, 18 y 27 de la Constitución.

Se exceptúa de lo anterior el artículo 10, que se dicta al amparo del artículo 149.1.9 de la Constitución.

2. Corresponde a las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta Ley.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Habilitación al Gobierno.

El Gobierno dictará, en el ámbito de sus competencias, las disposiciones que sean necesarias para el desarrollo y aplicación de esta Ley.

DISPOSICIÓN FINAL TERCERA. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor el día 1 de enero de 2006, excepto las normas contenidas en el capítulo III, y las del capítulo V cuando se trate de sancionar infracciones cometidas en los supuestos a que se refiere el capítulo III, que entrarán en vigor el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado.*

Por tanto, Mandó a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

120

Madrid, 26 de diciembre de 2005.

- Juan Carlos R. -

El Presidente del Gobierno,
José Luis Rodríguez Zapatero.

Notas:

Artículo 4 (letra b):

Redacción según Real Decreto-ley 2/2006, de 10 de febrero, por el que se modifican los tipos impositivos del Impuesto sobre las Labores del Tabaco, se establece un margen transitorio complementario para los expendedores de tabaco y timbre y se modifica la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

Disposición transitoria quinta:

Derogada por Real Decreto-ley 1/2007, de 12 de enero, por el que se deroga la disposición transitoria quinta de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

Artículo 4 (letra b):

Redacción según Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Artículo 4 (letra b):

Redacción según Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.



[Aviso Legal] <http://noticias.juridicas.com>

Leggio, Contenidos y Aplicaciones Informáticas, S.L.

Prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos sin el permiso de los titulares.

92

LEY N° 825/95

DE PROTECCIÓN DE NO FUMADORES

EL CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA SANCIONA CON FUERZA DE

LEY

DE LA PROHIBICIÓN

Artículo 1o.- Prohíbese el consumo de tabaco o sus derivados en los lugares que a continuación se enuncian, salvo en aquellos sitios especialmente habilitados para el efecto:

- a) Coliseos cerrados, salas de cine, teatros, bibliotecas, museos y cualquier otro recinto cerrado destinado a actividades públicas;
- b) Las unidades del transporte público de pasajeros, tanto terrestre como aéreo, ferroviario, marítimo y fluvial;
- c) Los espacios cerrados de los centros de enseñanza, como son aulas y salones de conferencias;
- d) Las áreas cerradas de hospitales, sanatorios, centros de salud, puestos de socorro y similares;
- e) Las áreas de atención al público y espacios destinados a reuniones en oficinas estatales;
- f) Dentro de instalaciones cerradas que sirven de expendio al detalle de alimentos, abastos, supermercados y afines;
- g) En los restaurantes, bares o similares se establecerán áreas o zonas separadas para los no fumadores; y,
- h) Los ambientes cerrados de trabajo, como minas, fábricas y talleres.

Artículo 2o.- Entiéndense por derivados del tabaco los productos tales como picadura para pipa, cigarrillos con o sin filtros y cigarros.

Artículo 3o.- En las áreas y sitios descritos en el artículo 1o. deberán fijarse en lugares visibles el texto "Prohibido Fumar" o el símbolo que exprese la prohibición del consumo de tabaco o sus derivados, en carteles de un tamaño no menor a 30 cm. de largo por 14 cm. de ancho.

DE LAS SANCIONES

Artículo 4o.- La violación o contravención de las disposiciones del artículo 3o. será sancionada con una multa equivalente a diez jornales mínimos diarios aplicada a los propietarios o responsables de los mismos.

Artículo 5o.- La violación o contravención del artículo 1o. será sancionada con multas de dos salarios mínimos diarios.

Artículo 6o.- A los reincidentes de la contravención de los artículos 1o. y 3o. se multará con el doble establecido para cada caso respectivo.

Artículo 7o.- Los transgresores del artículo 1o., inciso a), b) y e) que persistan en su actitud, podrán ser expulsados del lugar con ayuda de la fuerza pública.

Artículo 8o.- Las autoridades municipales serán las encargadas de la aplicación de esta Ley, a través de la Policía Nacional.

Artículo 9o.- El personal citado en el artículo 8o. labrará actas o boletas de infracción para la aplicación de las sanciones.

Artículo 10o.- El o los afectados tendrán tiempo de hasta diez días para el cumplimiento de la sanción. En caso de no hacerlo en el plazo establecido, caerán en reincidencia y se le aplicará lo establecido en el artículo 6o

Artículo 11o.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Aprobada por la Honorable Cámara de Senadores el dieciséis de noviembre del año un mil novecientos noventa y cinco y por la Honorable Cámara de Diputados, sancionándose la Ley, el catorce de diciembre del año un mil novecientos noventa y cinco.

Juan Carlos Ramírez Montalbetti
Presidente
H. Cámara de Diputados

Rodrigo Campos Cervera
Vice-Presidente 1o.
En Ejercicio de la Presidencia
H. Cámara de Senadores

Juan Carlos Rojas Coronel
Secretario Parlamentario

Tadeo Zarratea
Secretario Parlamentario

Asunción, 11 de enero de 1996

Téngase por Ley de la República, publíquese e insértese en el Registro Oficial.

El Presidente de la República
Juan Carlos Wasmosy

Andrés Vidovich Morales
Ministro de Salud Pública

[The following text is extremely faint and illegible due to low contrast and scan quality. It appears to be the main body of a legal document or decree.]

Ley General para el Control del Tabaco. México, 2007

EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DECRETA: SE EXPIDE LA LEY GENERAL PARA EL CONTROL DEL TABACO; Y DEROGA Y REFORMA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

ARTÍCULO PRIMERO. Se expide la Ley General para el Control del Tabaco.

Ley General para el Control del Tabaco

Título Primero Disposiciones Generales

Capítulo I Disposiciones Generales

Artículo 1. La presente Ley es de utilidad pública y sus disposiciones son de orden público e interés social y de observancia general en todo el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción. A falta de disposición expresa se aplicará supletoriamente la Ley General de Salud.

Artículo 2. La presente Ley se aplicará a las siguientes materias:

- I. Control sanitario de los productos del tabaco, así como su importación;
- II. La protección contra la exposición al humo de tabaco.

Artículo 3. La concurrencia entre la federación y las entidades federativas en materia de la presente Ley se hará conforme a las disposiciones correspondientes de la Ley General de Salud.

Artículo 4. La orientación, educación, prevención, producción, distribución, comercialización, importación, consumo, publicidad, promoción, patrocinio, muestreo,

verificación y en su caso la aplicación de medidas de seguridad y sanciones relativas a los productos del tabaco serán reguladas bajo los términos establecidos en esta Ley.

Artículo 5. La presente Ley tiene las siguientes finalidades:

- I. Proteger la salud de la población de los efectos nocivos del tabaco.
- II. Proteger los derechos de los no fumadores a vivir y convivir en espacios 100% libres de humo de tabaco;
- III. Establecer las bases para la protección contra el humo de tabaco;
- IV. Establecer las bases para la producción, etiquetado, empaquetado, promoción, publicidad, patrocinio, distribución, venta, consumo y uso de los productos del tabaco;
- V. Instituir medidas para reducir el consumo de tabaco, particularmente en los menores;
- VI. Fomentar la promoción, la educación para la salud, así como la difusión del conocimiento de los riesgos atribuibles al consumo y a la exposición al humo de tabaco;
- VII. Establecer los lineamientos generales para el diseño y evaluación de legislación y políticas públicas basadas en evidencia contra el tabaquismo;
- VIII. Establecer los lineamientos generales para la entrega y difusión de la información sobre los productos del tabaco y sus emisiones, y
- IX. Las demás que sean necesarias para el cumplimiento de sus objetivos.

Artículo 6. Para efectos de esta Ley, se entiende por:

- I. Cigarrillo: Cigarro pequeño de picadura envuelto en un papel de fumar;

- II. Cigarro o Puro: Rollo de hojas de tabaco, que enciende por un extremo y se chupa o fuma por el opuesto;
- III. Contenido: A la lista compuesta de ingredientes, así como los componentes diferentes del tabaco, como papel boquilla, tinta para impresión de marca, papel cigarro, filtro, envoltura de filtro y adhesivo de papel cigarro;
- IV. Control sanitario de los productos del Tabaco: Conjunto de acciones de orientación, educación, muestreo, verificación y en su caso, aplicación de medidas de seguridad y sanciones, que ejerce la Secretaría de Salud y otras autoridades competentes, con base en lo que establecen esta Ley, sus reglamentos, las normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables. Comprende diversas estrategias de reducción de la oferta, la demanda y los daños con objeto de mejorar la salud de la población reduciendo el consumo de productos del tabaco y la exposición al humo de tabaco de segunda mano;
- V. Denuncia Ciudadana: Notificación hecha a la autoridad competente por cualquier persona respecto de los hechos de incumplimiento de las disposiciones contenidas en esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables;
- VI. Distribución: La acción de vender, ofrecer o exponer para la venta, dar, donar, regalar, intercambiar, transmitir, consignar, entregar, proveer o transferir la posesión de productos del tabaco para fines comerciales, u ofrecer hacerlo, ya sea a título oneroso o gratuito;
- VII. Elemento de la marca: El uso de razones sociales, nombres comerciales, marcas, emblemas, rúbricas o cualquier tipo de señalización visual o auditiva, que identifique a los productos del tabaco;
- VIII. Emisión: Es la sustancia producida y liberada cuando un producto del tabaco esté encendido o calentado, comprende nicotina, alquitrán, monóxido de carbono, así como la composición química que forman parte del humo de tabaco. En el caso de productos del tabaco para uso oral sin humo, se entiende como todas las sustancias liberadas durante el proceso de mascado o chupado y en el caso de productos del tabaco para uso nasal, son todas las sustancias liberadas durante el proceso de inhalación o aspiración;
- IX. Empaquetado y etiquetado externos: Expresión que se aplica a todo envasado y etiquetado utilizados en la venta al por menor del producto de tabaco;
- X. Espacio 100% libre de humo de tabaco: Aquella área física cerrada con acceso al público o todo lugar de trabajo interior o de transporte público, en los que por razones de orden público e interés social queda prohibido fumar, consumir o tener encendido cualquier producto de tabaco;
- XI. Humo de Tabaco: Se refiere a las emisiones de los productos de tabaco originadas por encender o consumir cualquier producto del tabaco y que afectan al no fumador;
- XII. Industria tabacalera: Es la conformada por los fabricantes, distribuidores, comercializadores e importadores;
- XIII. Legislación y política basada en evidencias científicas: La utilización concienzuda, explícita y crítica de la mejor información y conocimiento disponible para fundamentar acciones en política pública y legislativa;
- XIV. Ley: Ley General para el Control del Tabaco;
- XV. Leyenda de advertencia: Aquella frase o mensaje escrito, impreso y visible en el empaquetado, en el etiquetado, el paquete, la publicidad, la promoción de productos del tabaco y otros anuncios que establezca la Secretaría de acuerdo a lo dispuesto en esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables;
- XVI. Paquete: Es el envase o la envoltura en que se vende o muestra un producto de tabaco en las tiendas al por menor, incluida la caja o cartón que contiene cajetillas más pequeñas;
- XVII. Patrocinio del Tabaco: Toda forma de contribución a cualquier acto, actividad o individuo con el fin, o el efecto de promover los productos del tabaco o el consumo de los mismos;
- XVIII. Pictograma: Advertencia sanitaria basada en fotografías, dibujos, signos, gráficos, figuras o símbolos impresos, representando un objeto o una idea, sin que la pronunciación de tal objeto o idea, sea tenida en cuenta;
- XIX. Producto del Tabaco: Es cualquier sustancia o bien manufacturado o preparado total o en parte utilizando como materia prima hojas de tabaco y destinado a ser fumado, chupado, mascado o utilizado como rapé;
- XX. Producir: Acción y efecto de elaborar productos del tabaco;
- XXI. Promoción de la salud: Las acciones tendientes a desarrollar actitudes y conductas que favorezcan estilos de vida saludables en la familia, el trabajo y la comunidad;
- XXII. Promoción y publicidad de los productos del tabaco: Toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin o el efecto

de promover productos del tabaco, marca o fabricante, para venderlo o alentar su consumo, mediante cualquier medio, incluidos el anuncio directo, los descuentos, los incentivos, los reembolsos, la distribución gratuita, la promoción de elementos de la marca mediante eventos y productos relacionados, a través de cualquier medio de comunicación o difusión;

XXIII. Secretaría: La Secretaría de Salud;

XXIV. Suministrar: Acto de comercio que consiste en proveer al mercado de los bienes que los comerciantes necesitan, regido por las leyes mercantiles aplicables;

XXV. Tabaco: La planta "Nicotina Tabacum" y sus sucedáneos, en su forma natural o modificada, en las diferentes presentaciones, que se utilicen para ser fumado, chupado, mascado o utilizado como rapé;

XXVI. Verificador: Persona facultada por la autoridad competente para realizar funciones de vigilancia y actos tendientes a lograr el cumplimiento de esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables.

Capítulo II Atribuciones de la Autoridad

Artículo 7. La aplicación de esta Ley estará a cargo de la Secretaría en coordinación con la Secretaría de Educación Pública, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Economía, la Procuraduría General de la República y otras autoridades competentes.

Artículo 8. La Secretaría aplicará esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables.

Artículo 9. La Secretaría coordinará las acciones que se desarrollen contra el tabaquismo, promoverá y organizará los servicios de detección temprana, orientación y atención a fumadores que deseen abandonar el consumo, investigará sus causas y consecuencias, fomentará la salud considerando la promoción de actitudes y conductas que favorezcan estilos de vida saludables en la familia, el trabajo y la comunidad; y desarrollará acciones permanentes para disuadir y evitar el consumo de productos del tabaco principalmente por parte de niños, adolescentes y grupos vulnerables.

Artículo 10. Para efectos de lo anterior, la Secretaría establecerá los lineamientos para la ejecución y evaluación del Programa contra el Tabaquismo, que comprenderá, entre otras, las siguientes acciones:

- I. La promoción de la salud;
- II. El diagnóstico, prevención, tratamiento y rehabilitación del tabaquismo y de los padeci-

mientos originados por él;

- III. La educación sobre los efectos del tabaquismo en la salud, dirigida especialmente a la familia, niños y adolescentes, a través de métodos individuales, colectivos o de comunicación masiva, incluyendo la orientación a la población para que se abstenga de fumar al interior de los espacios libres de humo de tabaco que establezca esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables;
- IV. La elaboración periódica de un programa de seguimiento y evaluación de metas y logros del programa contra el tabaquismo que incluya al menos las conductas relacionadas al tabaco y su impacto en la salud;
- V. El diseño de programas, servicios de cesación y opciones terapéuticas que ayuden a dejar de fumar combinadas con consejería y otras intervenciones, y
- VI. El diseño de campañas de publicidad que promuevan la cesación y disminuyan las probabilidades de iniciarse en el consumo de los productos del tabaco.

Artículo 11. Para poner en práctica las acciones del Programa contra el Tabaquismo, se tendrán en cuenta los siguientes aspectos:

- I. La generación de la evidencia científica sobre las causas y consecuencias del tabaquismo y sobre la evaluación del programa;
- II. La educación a la familia para prevenir el consumo de tabaco por parte de niños y adolescentes;
- III. La vigilancia e intercambio de información, y
- IV. La cooperación científica, técnica, jurídica y prestación de asesoramiento especializado.

Artículo 12. Son facultades de la Secretaría, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables:

- I. Coordinar todas las acciones relativas al control de los productos del tabaco y los productos accesorios al tabaco;
- II. Establecer métodos de análisis para evaluar que la fabricación de productos del tabaco y sus accesorios se realice de conformidad con las disposiciones aplicables;
- III. Determinar a través de disposiciones de carácter general sobre la información que los fabricantes deben proporcionar a las autoridades correspondientes y al público acerca de los

- productos del tabaco y sus emisiones;
- IV. Determinar a través de disposiciones de carácter general lo relativo a las características, especificaciones y procedimientos relacionados con el envasado y etiquetado de los productos del tabaco, incluyendo lo relativo a paquetes individuales, cajetillas y al mayoreo;
 - V. Emitir las autorizaciones correspondientes para la producción, fabricación e importación de los productos del tabaco;
 - VI. Emitir las disposiciones para la colocación y contenido de los letreros que se ubicarán en lugares donde haya venta de productos del tabaco;
 - VII. Formular las disposiciones relativas a los espacios 100% libres de humo de tabaco;
 - VIII. Promover espacios 100% libres de humo de tabaco y programas de educación para un medio ambiente libre de humo de tabaco;
 - IX. Determinar a través de disposiciones de carácter general los requisitos o lineamientos para la importación de productos del tabaco;
 - X. Promover la participación de la sociedad civil en la ejecución del Programa contra el Tabaquismo, y
 - XI. Proponer al Ejecutivo Federal las políticas públicas para el control del tabaco y sus productos con base en evidencias científicas y en determinación del riesgo sanitario.

Artículo 13. Las compañías productoras, importadoras o comercializadoras de productos del tabaco, tendrán la obligación de entregar a la Secretaría la información relativa al contenido de los productos del tabaco, los ingredientes usados y las emisiones y sus efectos en la salud conforme a las disposiciones aplicables y hacerlas públicas a la población en general.

Título Segundo

Comercio, Distribución, Venta y Suministro de los Productos del Tabaco

Capítulo Único

Artículo 14. Todo establecimiento que produzca, fabrique o importe productos del tabaco requerirá licencia sanitaria de acuerdo con los requisitos que establezca esta Ley y demás disposiciones aplicables.

Artículo 15. Quien comercie, venda, distribuya o suministre productos del tabaco tendrá las siguientes obligaciones:

- I. Mantener un anuncio situado al interior del

establecimiento con las leyendas sobre la prohibición de comercio, venta, distribución o suministro a menores;

- II. Exigir a la persona que se presente a adquirir productos del tabaco que acredite su mayoría de edad con identificación oficial con fotografía, sin la cual no podrá realizarse lo anterior;
- III. Exhibir en los establecimientos las leyendas de advertencia, imágenes y pictogramas autorizados por la Secretaría, y
- IV. Las demás referentes al comercio, suministro, distribución y venta de productos del tabaco establecidos en esta Ley, en la Ley General de Salud, y en todas las disposiciones aplicables.

El presente artículo se sujetará a lo establecido en los reglamentos correspondientes y demás disposiciones aplicables.

Artículo 16. Se prohíbe:

- I. Comerciar, vender, distribuir o suministrar cigarrillos por unidad o en empaques, que contengan menos de catorce o más de veinticinco unidades, o tabaco picado en bolsas de menos de diez gramos;
- II. Colocar los cigarrillos en sitios que le permitan al consumidor tomarlos directamente;
- III. Comerciar, vender, distribuir o exhibir cualquier producto del tabaco a través de distribuidores automáticos o máquinas expendedoras;
- IV. Comerciar, vender o distribuir al consumidor final cualquier producto del tabaco por teléfono, correo, internet o cualquier otro medio de comunicación;
- V. Distribuir gratuitamente productos del tabaco al público en general y/o con fines de promoción, y
- VI. Comerciar, vender, distribuir, exhibir, promocionar o producir cualquier objeto que no sea un producto del tabaco, que contenga alguno de los elementos de la marca o cualquier tipo de diseño o señal auditiva que lo identifique con productos del tabaco.

Artículo 17. Se prohíben las siguientes actividades:

- I. El comercio, distribución, donación, regalo, venta y suministro de productos del tabaco a menores de edad;
- II. El comercio, distribución, donación, regalo, venta y suministro de productos del tabaco en instituciones educativas públicas y privadas de

- educación básica y media superior, y
- IV. Emplear a menores de edad en actividades de comercio, producción, distribución, suministro y venta de estos productos.

Título Tercero

Sobre los Productos del Tabaco

Capítulo I

Empaquetado y Etiquetado

Artículo 18. En los paquetes de productos del tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externo de los mismos, de conformidad con lo establecido en esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables, deberán figurar leyendas y pictogramas o imágenes de advertencia que muestren los efectos nocivos del consumo de los productos del tabaco; además se sujetarán a las siguientes disposiciones:

- I. Serán formuladas y aprobadas por la Secretaría;
- II. Se imprimirán en forma rotatoria directamente en los empaques;
- III. Serán de alto impacto preventivo, claras, visibles, legibles y no deberán ser obstruidas por ningún medio;
- IV. Deberán ocupar al menos 30% de la cara anterior, 100% de la cara posterior y 100% de una de las caras laterales del paquete y la cajetilla;
- V. Al 30% de la cara anterior de la cajetilla se le deberán incorporar pictogramas o imágenes;
- VI. El 100% de la cara posterior y 100% de la cara lateral serán destinados al mensaje sanitario, que del mismo modo será rotativo, deberá incorporar un número telefónico de información sobre prevención, cesación y tratamiento de las enfermedades o efectos derivados del consumo de productos del tabaco, y
- VII. Las leyendas deberán ser escritas e impresas, sin que se invoque o haga referencia a alguna disposición legal directamente en el empaquetado o etiquetado.

La Secretaría publicará en el Diario Oficial de la Federación las disposiciones para la formulación, aprobación, aplicación, utilización e incorporación de las leyendas, imágenes, pictogramas y mensajes sanitarios que se incorporarán en los paquetes de productos del tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externo de los mismos, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.

Artículo 19. Además de lo establecido en el artículo salud pública de México / vol. 50, suplemento 3 de 2008

anterior, todos los paquetes de productos del tabaco y todo empaquetado y etiquetado externo de los mismos, deberán contener información sobre sus contenidos, emisiones y riesgos de conformidad con las disposiciones aplicables. Las autoridades competentes deberán coordinarse para tales efectos.

Artículo 20. En los paquetes de productos del tabaco, y en todo empaquetado y etiquetado externo de los mismos, no se promocionarán mensajes relacionados con estos productos de manera falsa, equívoca o engañosa que pudiera inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones.

No se emplearán términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercios, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto del tabaco es menos nocivo que otro.

De manera enunciativa más no limitativa quedan prohibidas expresiones tales como "bajo contenido de alquitrán", "ligeros", "ultra ligeros" o "suaves".

Artículo 21. En todos los paquetes de productos del tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externo de los mismos, para su comercialización dentro del territorio nacional, deberá figurar la declaración: "Para venta exclusiva en México".

Artículo 22. Las Leyendas de advertencia y la información textual establecidas en este capítulo, deberán figurar en español en todos los paquetes y productos del tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos.

Este requisito será aplicable para la comercialización dentro del territorio nacional.

Capítulo II

Publicidad, Promoción y Patrocinio

Artículo 23. Queda prohibido realizar toda forma de patrocinio, como medio para posicionar los elementos de la marca de cualquier producto del tabaco o que fomente la compra y el consumo de productos del tabaco por parte de la población.

La publicidad y promoción de productos del tabaco únicamente será dirigida a mayores de edad a través de revistas para adultos, comunicación personal por correo o dentro de establecimientos de acceso exclusivo para aquéllos.

La industria, los propietarios y/o administradores de establecimientos donde se realice publicidad o promoción de estos productos deberán demostrar la mayoría de edad de los destinatarios de la misma.

Artículo 24. Se prohíbe emplear incentivos que fomenten

la compra de productos del tabaco y no podrá distribuirse, venderse u obsequiarse, directa o indirectamente, ningún artículo promocional que muestre el nombre o logotipo de productos del tabaco.

Artículo 25. Las publicaciones de comunicaciones internas para la distribución entre los empleados de la industria tabacalera no serán consideradas publicidad o promoción para efectos de esta Ley.

Capítulo III

Consumo y Protección contra la Exposición al Humo de Tabaco

Artículo 26. Queda prohibido a cualquier persona consumir o tener encendido cualquier producto del tabaco en los espacios 100% libres de humo de tabaco, así como en las escuelas públicas y privadas de educación básica y media superior.

En dichos lugares se fijará en el interior y en el exterior los letreros, logotipos y emblemas que establezca la Secretaría.

Artículo 27. En lugares con acceso al público, o en áreas interiores de trabajo, públicas o privadas, incluidas las universidades e instituciones de educación superior, deberán existir zonas exclusivamente para fumar, las cuales deberán de conformidad con las disposiciones reglamentarias:

- I. Ubicarse en espacios al aire libre, o
- II. En espacios interiores aislados que dispongan de mecanismos que eviten el traslado de partículas hacia los espacios 100% libres de humo de tabaco y que no sea paso obligado para los no fumadores.

Artículo 28. El propietario, administrador o responsable de un espacio 100% libre de humo de tabaco, estará obligado a hacer respetar los ambientes libres de humo de tabaco establecidos en los artículos anteriores.

Artículo 29. En todos los espacios 100% libres de humo de tabaco y en las zonas exclusivamente para fumar, se colocarán en un lugar visible letreros que indiquen claramente su naturaleza, debiéndose incluir un número telefónico para la denuncia por incumplimiento a esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables.

Título Cuarto

Medidas para Combatir la Producción Ilegal y el Comercio Ilícito de Productos del Tabaco

Capítulo Único

Artículo 30. La Secretaría vigilará que los productos del tabaco y productos accesorios al tabaco materia de importación cumplan con esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables.

En los casos en que los productos de importación no reúnan los requisitos o características que establezca la legislación correspondiente, la Secretaría aplicará las medidas de seguridad que correspondan de acuerdo con la Ley General de Salud.

Artículo 31. Se requiere permiso sanitario previo de importación de la Secretaría para la importación de productos del tabaco.

Artículo 32. La importación de productos del tabaco y de productos accesorios al tabaco, se sujetará a las siguientes bases:

- I. Los importadores y distribuidores deberán tener domicilio en México;
- II. Podrán importarse los productos del tabaco y los productos accesorios al tabaco, siempre que el importador exhiba la documentación establecida en las disposiciones reglamentarias de esta Ley, y
- III. La Secretaría podrá muestrear y analizar los productos del tabaco y los productos accesorios al tabaco importados, a fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones aplicables. Cuando se encuentre que el producto muestreado no cumple con las disposiciones citadas, la Secretaría procederá conforme a lo establecido en esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables.

Artículo 33. La Secretaría, a través de los verificadores y en coordinación con las autoridades correspondientes, está facultada para intervenir en puertos marítimos y aéreos, en las fronteras y, en general, en cualquier punto del territorio nacional, en relación con el tráfico de productos del tabaco y de los productos accesorios al tabaco, para los efectos de identificación, control y disposición sanitarios.

Artículo 34. La Secretaría participará en las acciones que

se realicen a fin de prevenir el comercio, distribución, venta y fabricación ilícita de productos del tabaco y de productos accesorios al tabaco.

Título Quinto
De la Participación Ciudadana

Capítulo Único

Artículo 35. La Secretaría promoverá la participación de la sociedad civil en la prevención del tabaquismo y el control de los productos del tabaco en las siguientes acciones:

- I. Promoción de los espacios 100 % libres de humo de tabaco;
- II. Promoción de la salud comunitaria;
- III. Educación para la salud;
- IV. Investigación para la salud y generación de la evidencia científica en materia del control del tabaco;
- V. Difusión de las disposiciones legales en materia del control de los productos del tabaco;
- VI. Coordinación con los consejos nacional y estatales contra las adicciones, y
- VII. Las acciones de auxilio de aplicación de esta Ley como la denuncia ciudadana.

Título Sexto
Cumplimiento de esta Ley

Capítulo I
Disposiciones Generales

Artículo 36. Corresponde a la Secretaría con base en lo dispuesto en la Ley General de Salud y demás disposiciones aplicables:

- I. Expedir las autorizaciones requeridas por esta Ley;
 - II. Revocar dichas autorizaciones;
 - III. Vigilar el cumplimiento de esta Ley, y
 - IV. Ejecutar los actos del procedimiento para aplicar medidas de seguridad y sanciones.
- Para dar cumplimiento a lo anterior, la Secretaría emitirá las disposiciones correspondientes.

Capítulo II
De la Vigilancia Sanitaria

Artículo 37. Los verificadores serán nombrados y capacitados por la Secretaría, de acuerdo a lo establecido

en la Ley General de Salud y demás disposiciones aplicables.

Artículo 38. Los verificadores realizarán actos de orientación, educación, verificación de las disposiciones de esta Ley, de la Ley General de Salud y otras disposiciones en materia de control sanitario de los productos del tabaco.

Artículo 39. Los verificadores podrán realizar visitas ordinarias y extraordinarias, sea por denuncia ciudadana u otro motivo, de acuerdo a las disposiciones de la Ley General de Salud, de esta Ley y demás disposiciones aplicables.

Artículo 40. La labor de los verificadores en ejercicio de sus funciones, así como la de las autoridades federales, estatales o municipales, no podrá ser obstaculizada bajo ninguna circunstancia.

Artículo 41. Las acciones de vigilancia sanitaria que lleven a cabo las autoridades competentes para efecto de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables, se realizarán de conformidad con los procedimientos establecidos en la Ley General de Salud.

Capítulo III
De la Denuncia Ciudadana

Artículo 42. Cualquier persona podrá presentar ante la autoridad correspondiente una denuncia en caso de que observe el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables.

Artículo 43. La autoridad competente salvaguardará la identidad e integridad del ciudadano denunciante.

Artículo 44. La Secretaría pondrá en operación una línea telefónica de acceso gratuito para que los ciudadanos puedan efectuar denuncias, quejas y sugerencias sobre los espacios 100% libres de humo de tabaco así como el incumplimiento de esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables.

Título Séptimo
De las Sanciones

Capítulo Único

Artículo 45. El incumplimiento a los preceptos de esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones que emanen de ella, serán sancionados administrativamente por las autoridades sanitarias, sin perjuicio de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos.

Artículo 46. Las sanciones administrativas podrán ser:

10000
189

92

- I. Amonestación con apercibimiento;
- II. Multa;
- III. Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total, y
- IV. Arresto hasta por treinta y seis horas.

Artículo 47. Al imponer una sanción, la autoridad sanitaria fundará y motivará la resolución, tomando en cuenta:

- I. Los daños que se hayan producido o puedan producirse en la salud de las personas;
- II. La gravedad de la infracción;
- III. Las condiciones socioeconómicas del infractor;
- IV. La calidad de reincidente del infractor, y
- V. El beneficio obtenido por el infractor como resultado de la infracción.

Artículo 48. Se sancionará con multa:

- I. De hasta cien veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, el incumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 26 de esta Ley;
- II. De mil hasta cuatro mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los Artículos 14, 15, 16, 27 y 28 de esta Ley, y
- III. De cuatro mil hasta diez mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los Artículos 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 31 y 32, de esta Ley.

Artículo 49. En caso de reincidencia se duplicará el monto de la multa que corresponda. Para los efectos de este capítulo se entiende por reincidencia, que el infractor incumpla la misma disposición de esta Ley o sus reglamentos dos o más veces dentro del periodo de un año, contado a partir de la fecha en que se le hubiera notificado la sanción inmediata anterior.

Artículo 50. El monto recaudado producto de las multas será destinado al Programa contra el Tabaquismo y a otros programas de salud prioritarios.

Artículo 51. Procederá la clausura temporal o definitiva, parcial o total según la gravedad de la infracción y las características de la actividad o establecimiento de acuerdo con lo señalado en el Artículo 425 y 426 de la Ley General de Salud, ordenamiento de aplicación supletoria a esta Ley.

Artículo 52. Se sancionará con arresto hasta por 36 horas de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 427 de

la Ley General de Salud, ordenamiento de aplicación supletoria a esta Ley.

Artículo 53. Cuando con motivo de la aplicación de esta Ley, se desprenda la posible comisión de uno o varios delitos, la autoridad correspondiente formulará la denuncia o querrela ante el Ministerio Público sin perjuicio de la sanción administrativa que proceda.

Artículo 54. Los verificadores estarán sujetos a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Artículo 55. En todo lo relativo a los procedimientos para la aplicación de medidas de seguridad y sanciones, los recursos de inconformidad y prescripción, se aplicará lo establecido en las disposiciones de la Ley General de Salud.

Transitorios

PRIMERO. La presente Ley entrará en vigor 90 días después de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

SEGUNDO. El Reglamento sobre Consumo de Tabaco, permanecerá vigente hasta en tanto se emitan las disposiciones reglamentarias de esta Ley.

TERCERO. En términos de lo dispuesto por los Artículos 26 y 27 de esta Ley los propietarios, administradores o responsables de los establecimientos que pretendan contar con zonas exclusivamente para fumar, contarán con 180 días después de la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de esta Ley para efecto de llevar a cabo las modificaciones o adecuaciones necesarias en dichas zonas.

En caso de que los propietarios, administradores o responsables de los establecimientos referidos en el párrafo anterior no cuenten con las posibilidades económicas o de infraestructura necesarias para llevar a cabo las modificaciones o adecuaciones señaladas, podrán recurrir a la Secretaría dentro del periodo especificado en el párrafo anterior a efectos de celebrar los convenios o instrumentos administrativos necesarios que les permitan dar cumplimiento a la presente Ley.

CUARTO. Las acciones que, en cumplimiento a lo dispuesto en este instrumento y en razón de su competencia, corresponda ejecutar a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, deberán sujetarse a los ingresos aprobados en la Ley de Ingresos del ejercicio fiscal correspondiente, así como a la disponibilidad presupuestaria que se apruebe para dichos fines en el Presupuesto de Egresos de la Federación y a las disposiciones de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

ARTÍCULO SEGUNDO. Se derogan los Artículos 188, 189, 190, 275, 276, 277, 277 bis, 308 bis y 309 bis de la Ley

131

General de Salud, así como todas aquellas disposiciones que se opongán al presente Decreto.

ARTÍCULO TERCERO. Se reforman los Artículos 3º, Fracción XIV; 286, 301, 308, penúltimo párrafo, 309 y 421 de la Ley General de Salud, para quedar como sigue:

Artículo 3º.- ...

XIV. La prevención, orientación, control y vigilancia en materia de nutrición, enfermedades respiratorias, enfermedades cardiovasculares y aquellas atribuibles al tabaquismo;

Artículo 286. En materia de alimentos, bebidas no alcohólicas, bebidas alcohólicas, productos de perfumería, belleza y aseo, así como de las materias que se utilicen en su elaboración, el secretario de Salud, mediante acuerdo publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, determinará con base en los riesgos para la salud qué productos o materias primas que requieren autorización previa de importación.

Artículo 301. Será objeto de autorización por parte de la Secretaría de Salud, la publicidad que se realice sobre la existencia, calidad y características, así como para promover el uso, venta o consumo en forma directa o indirecta de los insumos para la salud, las bebidas alcohólicas, así como los productos y servicios que se determinen en el reglamento de esta Ley en materia de publicidad.

Artículo 308. La publicidad de bebidas alcohólicas deberá ajustarse a los siguientes requisitos:

I. a VIII. ...

La Secretaría de Salud podrá dispensar el requisito previsto en la Fracción VIII del presente artículo, cuando en el propio mensaje y en igualdad de circunstancias, calidad, impacto y duración, se promueva la moderación en el consumo de bebidas alcohólicas, especialmente en la niñez, la adolescencia y la juventud, así como advierta contra los daños a la salud que ocasionan el abuso en el consumo de bebidas alcohólicas.

Artículo 309. Los horarios en los que las estaciones de radio y televisión y las salas de exhibición cinematográfica podrán transmitir o proyectar, según el caso, publicidad de bebidas alcohólicas, se ajustarán a lo que establezcan las disposiciones generales aplicables.

Artículo 421. Se sancionará con una multa equivalente de seis mil hasta doce mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, la violación de las disposiciones contenidas en los Artículos 67, 101, 125, 127, 149, 193, 210, 212, 213, 218, 220, 230, 232, 233, 237, 238, 240, 242, 243, 247, 248, 251, 252, 255, 256, 258, 266, 306, 308, 309, 315, 317, 330, 331, 332, 334, 335, 336, 338, último párrafo, 342, 348, primer párrafo, 350 bis 1, 365, 367, 375, 376, 400, 411 y 413 de esta Ley.

Artículos transitorios

PRIMERO. El presente Decreto entrará en vigor a los 90 días después de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

SEGUNDO. Se emitirán los reglamentos a los que se refiere esta Ley, a más tardar 180 días después de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

TERCERO. Todos los procedimientos, recursos administrativos y demás asuntos relacionados con las materias a que refiere esta Ley, iniciados con anterioridad a la entrada en vigor al presente Decreto, se tramitarán y resolverán conforme a las disposiciones vigentes en ese momento.

CUARTO. El gobierno del Distrito Federal, los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios, deberán adecuar sus Leyes, reglamentos, bandos y demás disposiciones jurídicas, de acuerdo con las competencias que a cada uno corresponda, para que sean congruentes con la presente Ley.

QUINTO. La Secretaría publicará en el *Diario Oficial de la Federación* las disposiciones para la formulación, aprobación, aplicación, utilización e incorporación de las Leyendas, imágenes, pictogramas, fotografías y mensajes sanitarios que se incorporarán en los paquetes de productos del tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externo de los mismos, de acuerdo a lo establecido en esta Ley, a más tardar 180 días después de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

SEXTO. Todos los paquetes de tabaco fabricados en o importados hacia México deberán exhibir las nuevas advertencias de salud en un plazo de nueve meses contados a partir de la fecha en que la Secretaría publique los diseños para las advertencias sanitarias en el *Diario Oficial de la Federación*.

98

UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS

REGLAMENTO DE DISCIPLINA



2008-2



UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS
Laureate International Universities*

REGLAMENTO DE DISCIPLINA**1. FALTAS**

1.1 Constituye falta grave el desconocimiento o la violación de los valores de la Universidad que se indican a continuación:

1.1.1 La probidad académica

Son faltas contra este valor:

- a. Copiar de cualquier manera en la realización de un trabajo académico de cualquier tipo o denominación (esto es, una prueba, un examen, una práctica o una asignación académica).
- b. Alterar, sustraer o destruir un trabajo académico antes, durante o después de haberse rendido o entregado, aunque estuviese pendiente de calificación.
- c. Alterar, sustraer o destruir listas o registros de notas o calificaciones, certificados, constancias o documentos académicos o administrativos.
- d. Presentar como propio el trabajo de otra persona o el desarrollado con otras personas, o utilizarlo sin citar o reconocer la fuente original.
- e. Falsear el trabajo intelectual, como citar autores que no existen, referirse a trabajos no realizados o tergiversar datos presentados como parte de un trabajo académico o cualquier otra acción que revele falta de honestidad.
- f. Presentar un mismo trabajo, en todo o en parte, en más de una asignatura sin el consentimiento de todos los profesores interesados.
- g. Gestionar una revisión de nota directamente ante el profesor de la asignatura.
- h. Solicitar o recibir clases particulares, individuales o en grupo, remuneradas o no, de docentes de la Universidad sean o no éstos profesores de las asignaturas en que el alumno se encuentra matriculado.

1.1.2 El respeto del ambiente académico

Son faltas contra este valor:

- a. Dañar, destruir o usar indebidamente las edificaciones, los acabados, los ambientes, el mobiliario, los equipos, las instalaciones, los sistemas de información, el correo electrónico, y, en general, los bienes y servicios de la Universidad y de sus miembros, así como los bienes y servicios de terceros que se encuentren dentro del recinto universitario.
- b. Destruir, sustraer o alterar la información de los sistemas de la Universidad o de terceros a través de cualquier medio.
- c. Acceder a información de los sistemas de la Universidad sin la autorización correspondiente o vulnerando claves o códigos de acceso.
- d. Utilizar los sistemas de información de la Universidad para dañar la imagen, el honor o el patrimonio de la institución, de sus miembros o de terceros.
- e. No proporcionar los documentos universitarios de identificación personal cuando sean requeridos por el personal autorizado.
- f. Realizar actos individuales o colectivos que impidan o perturben el normal desenvolvimiento de las actividades institucionales.
- g. Realizar proselitismo político partidario dentro del recinto universitario.

1.1.3 El trato civilizado

Es falta contra este valor cualquier tipo de agresión, a través de cualquier medio, que atente contra la integridad física o moral, la estima, la imagen o el honor de las personas o instituciones.

1.1.4 El respeto a la ley

Son faltas contra este valor:

- a. Recibir condena judicial por delito doloso.
- b. Pertenecer a agrupaciones ilegales.
- c. Fumar en las áreas abiertas y cerradas del recinto universitario.

* Reglamento de la Ley N° 28075, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA, de 4 de julio de 2008, art. 5°.

1.1.5 La conducta moral

Son faltas contra este valor:

- a. Mostrar públicamente comportamiento o conductas no aceptados por la sociedad como morales.
 - b. Faltar a la verdad, falsearla u ocultarla.
 - c. Poseer, usar, ofrecer o vender en el recinto universitario drogas o sustancias ilegales.
 - d. Realizar cualquier modalidad de hostigamiento sexual.
 - e. Mostrar conductas que contraríen los principios o valores que cultiva la Universidad.
- 1.2 Se considera falta grave tanto la realización efectiva de las conductas mencionadas en este capítulo como el intento de realizarlas. Así mismo, cometen falta tanto los autores directos de dichas conductas, como sus cómplices y quienes omitan la obligación de denunciarlos oportunamente.

2. SANCIONES

- 2.1 De acuerdo con su gravedad, las faltas reciben las siguientes sanciones:
- a. Amonestación.
 - b. Amonestación y desaprobación con calificación de 00 en la asignatura.
 - c. Separación temporal.
 - d. Separación definitiva.
- 2.2 Las sanciones constan en resolución de la autoridad competente debidamente motivada y fundada en el presente Reglamento.
- 2.3 Las sanciones se inscriben en el registro personal del alumno y sus efectos se aplican a la condición académica que tenía al momento de los hechos.
- 2.4 No se aplica más de una sanción a una misma falta. En caso de concurrencia de faltas, se sancionan acumulativamente.
- 2.5 Toda sanción se inscribe en el registro personal del alumno y se notifica por escrito al interesado y a su padre o madre o apoderado.
- 2.6 Las notificaciones se efectúan en:

- a. El último domicilio indicado por el alumno y/o su padre y/o su madre y/o su apoderado que obre en los registros de la Universidad; y
- b. El domicilio que indique el alumno durante el procedimiento sancionador.

- 2.7 La amonestación constituye una llamada severa de atención al alumno por la falta cometida. Es, además, una advertencia de que su conducta está sometida a prueba y de que, en caso de cometer nuevamente la misma falta u otra distinta, se hace merecedor de sanciones más graves.
- 2.8 La amonestación y desaprobación con calificación de 00 en la asignatura constituye una llamada severa de atención al alumno por la falta cometida contra la probidad académica en una asignatura determinada. Es, además, una advertencia de que su conducta está sometida a prueba y de que, en caso de cometer nuevamente la misma falta u otra distinta, se hace merecedor de sanciones más graves.
- 2.9 La separación temporal priva al alumno de todos sus derechos hasta el fin del ciclo académico en el que se aplica, o del siguiente ciclo académico ordinario. Para todos los efectos, las asignaturas en las que estuvo matriculado en dicho ciclo se entienden como cursadas y desaprobadas, asignándoseles la calificación y el correspondiente promedio ponderado de 99.
- 2.10 La separación definitiva supone la separación total o expulsión del alumno de la Universidad, y priva al alumno permanentemente de todos sus derechos.
- 2.11 La acumulación de dos amonestaciones da lugar automáticamente a la separación temporal del alumno hasta el fin del ciclo académico en el que se aplica la segunda de ellas o del siguiente ciclo académico. Para todos los efectos, las asignaturas en las que estuvo matriculado en dicho ciclo se entienden como cursadas y desaprobadas, asignándoseles la calificación de 99.
- 2.12 La acumulación de una amonestación y una separación temporal por faltas contra la probidad académica da lugar automáticamente a la separación definitiva del alumno.
- 2.13 La acumulación de dos separaciones temporales da lugar automáticamente a la separación definitiva del alumno.
- 2.14 La aplicación de las sanciones no excluye, en su caso, la exigencia de la reparación de los daños cometidos y el pago de la indemnización correspondiente, así como de las consecuencias académicas y legales que de aquélla se deriven.

101

- 2.15 La información que se suministre a las autoridades de la Universidad y que ayude a la identificación de los responsables de las faltas cometidas es mantenida en estricta reserva y confidencialidad en cuanto a sus fuentes. Así mismo puede ser tomada en cuenta para dejar sin efecto, total o parcialmente, la sanción que correspondería a quien la suministra en el caso de ser responsable directo o indirecto de la conducta indebida.

3. DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Todo procedimiento sancionador se tramita bajo un expediente identificado con un número.

Las autoridades competentes para la aplicación de sanciones son:

- A. En primera instancia:
 - a. El Rector y los Vicerrectores.
 - b. Los Decanos, el Director de la Escuela de Postgrado, los Directores de Carrera y los Directores de Área.
 - c. Los Directores.
 - d. Los titulares de las Secretarías Académicas.
- B. En segunda y última instancia:
 - a. En el procedimiento simple, el superior jerárquico de los anteriores; y
 - b. En el procedimiento complejo, la Comisión de Apelaciones.

Según la naturaleza de los hechos y las circunstancias reunidas en cada caso, la Universidad considera dos tipos de procedimientos sancionadores:

- a. El procedimiento simple, para el caso de conductas individuales que supongan la aplicación de una sanción de amonestación —con o sin calificación de 99 en la asignatura— o para la aplicación de una sanción automática según lo contemplado en los artículos 2.11, 2.12 y 2.13 del presente Reglamento.
- b. El procedimiento complejo, para el caso de conductas que involucren a más de una persona en un mismo hecho o en hechos conexos, o para la aplicación de sanciones de separación temporal o definitiva.

En el procedimiento simple, se cumplen los siguientes actos:

- a. La autoridad competente, procediendo de oficio o por requerimiento documentado de un profesor o de un funcionario administrativo, mediante resolución, describe los hechos, califica la conducta pasible de sanción, aplica esta última y fundamenta su decisión.
- b. El interesado acepta la sanción aplicada o, en caso contrario, dentro de los tres días útiles siguientes a la notificación de la resolución correspondiente, solicita por escrito a la autoridad competente que lo sancionó una reconsideración de su decisión fundamentando su pedido mediante la presentación de nueva prueba.
- c. En el caso de que la reconsideración solicitada le fuese adversa, el interesado puede apelar esta decisión por escrito dentro de los tres días útiles siguientes a la notificación de la resolución correspondiente ante el superior jerárquico inmediato de la autoridad que aplicó la sanción. Las sanciones que se aplican de manera automática no son materia de apelación.
- d. En el caso de presentarse la apelación, el superior jerárquico cita al interesado por escrito por una única vez para escuchar sus descargos.
- e. Luego de la citación a la audiencia antes descrita, con los descargos formulados, o sin ellos, la autoridad mediante la resolución correspondiente resuelve la apelación y fundamenta su decisión. Su resolución es definitiva e inapelable.

En el procedimiento complejo, se cumplen los siguientes actos:

- a. La autoridad competente, procediendo de oficio o por requerimiento documentado de un profesor o de un funcionario administrativo, mediante resolución, califica la conducta pasible de sanción, y solicita al Vicerrector Académico, al Vicerrector Administrativo o, en su caso, al Director de la Escuela de Postgrado, la conformación de un Comité de Investigación encargado de instruir el expediente. El Comité de Investigación es nombrado para cada caso y está conformado por no menos de tres ni más de cinco docentes o funcionarios de la Universidad.
- b. El Comité de Investigación cita al interesado para las indagaciones del caso, elabora un informe narrativo con recomendaciones y lo remite a la autoridad que lo nombró dentro de un plazo no mayor de quince días calendarios. Esta autoridad lo remite a la autoridad competente que inició el procedimiento.
- c. La autoridad competente que inició el procedimiento, mediante resolución, describe los hechos, califica la conducta pasible de sanción, indica las posibles sanciones y cita al interesado a fin de escuchar sus descargos por

una única vez. El interesado debe presentar sus descargos por escrito, dentro de los tres días útiles siguientes a la fecha de la notificación de la resolución antes referida.

- d. Con los descargos presentados, o sin ellos y luego de realizada la audiencia antes descrita con o sin la participación del interesado, la autoridad, mediante resolución debidamente sustentada, aplica, en su caso, las sanciones.
- e. El interesado acepta la sanción aplicada o, en caso contrario, dentro de los tres días útiles siguientes a la notificación de la resolución correspondiente, solicita por escrito a la autoridad competente que los sancionó una reconsideración de su decisión fundamentando su pedido mediante la presentación de nueva prueba.
- f. El interesado puede apelar la resolución sancionadora por escrito dentro de los tres días útiles siguientes de notificada para que el caso sea revisado por la Comisión de Apelaciones. El escrito debe ser presentado ante la autoridad competente que sancionó al interesado, la misma que eleva el expediente a la Comisión de Apelaciones.
- g. La Comisión de Apelaciones es creada por Resolución Rectoral y está integrada por tres docentes o funcionarios de la Universidad.
- h. La Comisión de Apelaciones cita al interesado para que ejerza personalmente su defensa. En caso de incomparecencia, lo cita por segunda y última vez. El interesado puede ejercer su defensa mediante los escritos que considere pertinentes.
- i. Después de escuchar al interesado, o de habersele citado dos veces sin que comparezca, la Comisión de Apelaciones juzga la materia en mérito de los antecedentes y de las pruebas adicionales que pueda recibir o recabar, de las cuales debe necesariamente notificar al interesado para que, en un plazo no menor de tres días útiles de recibida la notificación, exponga su posición antes de pronunciarse.
- j. La Comisión de Apelaciones se pronuncia por la confirmación o revocación parcial o total de la resolución de la autoridad competente.
- k. Las resoluciones de la Comisión de Apelaciones se adoptan por mayoría simple y son terminantes e inapelables.

Luego de emitida la resolución de la Comisión de Apelaciones, el expediente enviado a la Secretaría Académica para la notificación de la referida resolución al interesado; para la inscripción de la sanción en su registro

personal, de ser el caso; para la publicación de las sanciones; y para el archivo del expediente..

4. DISPOSICIÓN FINAL

El presente Reglamento es interpretado y modificado por Resolución de Vicerrectorado Académico.

(2008-07-23)

JAN 27 2009

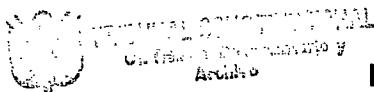
ANEXO 9



CONGRESO DE LA REPÚBLICA

007233

146



Exp. : 0032-2010-PI/TC
Escrito : 01
Sumilla : Contestación de Demanda de Inconstitucionalidad

2011 MZO 14 PM 12 42

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

JORGE CAMPANA RÍOS, identificado con DNI. N° 06788698, con domicilio real en la calle Av. Central N° 960 - Block A-3, Dpto. 103, Urbanización Los Álamos de Monterrico, del distrito de Santiago de Surco, debidamente apersonado como apoderado del Congreso de la República en mérito del Acuerdo de Mesa Directiva N° 040-2005-2006/MESA-CR del 5 de octubre de 2005 que se acompaña, señalando domicilio procesal en la Plaza Bolívar s/n, en el Proceso de Inconstitucionalidad promovido por don Jaime Barco Roda, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra el artículo 3° de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 29517, a usted atentamente digo:



PETITORIO

Solicitamos que se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3° de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco, por cuanto no contraviene la Constitución por el fondo ni por la forma, total o parcialmente como tampoco directa o indirectamente.

I. NORMA IMPUGNADA

En el presente proceso de inconstitucionalidad se impugna el artículo 3° de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco (publicada el 6 de abril de 2006), que fue modificado por la Ley N° 29517 (publicada el 2 de abril de 2010), en el cual se establece lo siguiente:

“Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

3.1 Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los



interiores de los lugares de trabajo, **en los espacios públicos cerrados** y en cualquier medio de transporte público, **los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.**

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

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

En la demanda, concretamente, se cuestiona aspectos relacionados con la prohibición de fumar en los establecimientos dedicados a la educación y en los espacios públicos cerrados. Así pues, en el petitorio la parte demandante señala lo siguiente:

“La presente demanda de inconstitucionalidad tiene como objeto cuestionar el referido artículo, en el extremo que prohíbe en forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en todos los espacios cerrados del país, prohibiendo de esa manera, la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores. Además, en el extremo que prohíbe en forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos.”



II. SOBRE EL CONVENIO MARCO DE LA OMS PARA EL CONTROL DEL TABACO Y LA NORMA IMPUGNADA

Con relación al **Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco**, la parte demandante sostiene lo siguiente:

“1. Como es de vuestro conocimiento, los tratados internacionales suscritos por el Perú, forman parte de nuestro ordenamiento interno, ostentando rango legal. Pues bien, mediante Resolución Legislativa N° 28280, publicada el 17 de julio de 2004, el Congreso de la República aprobó el ‘*Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco*’.

De acuerdo a su artículo 3º, el referido instrumento establece ‘*un marco para las medidas de control de tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo del tabaco*’.



En tal sentido, el referido Convenio establece disposiciones generales a partir de las cuales el Perú debe implementar medidas (legislativas, administrativas y ejecutivas) que contribuyan a reducir el consumo de tabaco y la exposición al humo del mismo.”¹

Tal como se señala en la demanda, “los tratados internacionales suscritos por el Perú, forman parte de nuestro ordenamiento interno”, pues el artículo 55° de la Constitución establece, expresamente, que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.” Sin embargo, **no se puede sostener, tal como lo hace la parte demandante, que todos los tratados ostentan rango legal.** En una de sus sentencias el Tribunal Constitucional ha incluido a los tratados dentro de las “Fuentes normativas o formas normativas con rango de ley”², pero también ha señalado que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional³. De manera que, **los tratados sobre derechos humanos conforman nuestro ordenamiento jurídico tienen rango constitucional.** Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“25. Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. En efecto, conforme al artículo 55° de la Constitución, los ‘tratados celebrados por el Estado y en vigor

¹ Página 3 del escrito de demanda (Punto III “MARCO GENERAL”).

² Punto 2.1.3.1.1. de la sentencia recaída en el Expediente N° 00047-2004-AI7TC (Proceso de Inconstitucionalidad promovido por Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley N° 27971, Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el Concurso Público autorizado por la Ley N° 27491).

³ En el fundamento jurídico 61 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00047-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional sostiene lo siguiente:

“La pirámide jurídica nacional debe ser establecida en base a dos criterios rectores, a saber:

a) Las categorías

Son la expresión de un género normativo que ostenta una cualificación de su contenido y una condición preferente determinada por la Constitución o por sus normas reglamentarias.

Elas provienen de una especie normativa; es decir, aluden a un conjunto de normas de contenido y valor semejante o análogo (leyes, decretos, resoluciones, etc.).

b) Los grados

Son los que exponen una jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría. Tal el caso de las resoluciones (en cuyo orden decreciente aparecen las resoluciones supremas, las resoluciones ministeriales, las resoluciones viceministeriales, etc.)

En nuestro ordenamiento existen las siguientes categoría normativas y su subsecuentes grados:

Primera categoría

Las normas constitucionales y las normas con rango constitucional

1er. Grado: La Constitución.

2do. grado: Leyes de reforma constitucional.

3er. grado: **Tratados de derechos humanos.”** (énfasis nuestro)





forman parte del derecho nacional.' En tal sentido, el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, 'son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado' [Sentencia recaída en el Exp. N° 5854-2005-PA/TC, fundamento N° 22, cursiva añadida]. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador.



26. ~~Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las normas con rango constitucional se encuentran los Tratados de derechos humanos' [Sentencia recaída en el Exp. 047-2004-AI/TC, de 24 de abril de 2006, fundamento N° 61].⁴ (énfasis nuestro)~~

En tal sentido, podemos sostener que el ~~Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco~~ forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y ~~tiene rango constitucional, pues es un tratado sobre el derecho a la salud.~~ Así pues, en el Preámbulo del referido instrumento internacional se señala lo siguiente:

"Las Partes en el presente Convenio,
Determinadas a dar prioridad a su derecho de proteger la salud pública,
~~Reconociendo que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública,~~ que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral,
~~Teniendo en cuenta la inquietud de la comunidad internacional por las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, económicas y ambientales del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco en el mundo entero,~~
Seramente preocupadas por el aumento del consumo y de la producción de cigarrillos y otros productos de tabaco en el mundo entero, particularmente en los países en desarrollo, y

⁴ Sentencia recaída en los Expedientes números 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC Acumulados (Procesos de inconstitucionalidad promovidos por el Colegio de Abogados de Arequipa y el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 22°, inciso c), de la Ley N° 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura).



111004
150

por la carga que ello impone en las familias, los pobres y en los sistemas nacionales de salud,

Reconociendo que la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco, o a consumir de cualquier otra manera productos de tabaco,

Reconociendo además que los cigarrillos y algunos otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera muy sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia que muchos de los compuestos que contienen y el humo que producen son farmacológicamente activos, tóxicos, mutágenos y cancerígenos, y que la dependencia del tabaco figura como un trastorno aparte en las principales clasificaciones internacionales de enfermedades,

Reconociendo también que existen claras pruebas científicas de que la exposición prenatal al humo de tabaco genera condiciones adversas para la salud y el desarrollo del niño

(...)

Recordando el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en el que se declara que **toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental**

Recordando asimismo el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en el que se afirma que **el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social**

(...)

Recordando además que en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se establece que los Estados Partes en dicha Convención reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud," (énfasis nuestro)

Como podemos apreciar, es indudable que el referido tratado constituye un instrumento internacional de protección del derecho a la salud, que se encuentra reconocido en la Constitución⁵ y en instrumentos internacionales de



⁵ CONSTITUCIÓN



protección de los derechos humanos del Sistema Universal (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶ y Convención sobre los Derechos del Niño⁷) y del Sistema Interamericano (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"⁸).

En consecuencia, podemos afirmar que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco forma parte del conjunto de tratados sobre derechos humanos, los cuales según el Tribunal Constitucional "no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional". Por ello, fue aprobado por el Congreso de la República⁹, de conformidad con lo establecido en los artículos 56¹⁰ y 102¹¹ inciso 3) de la Constitución.

Con relación a la protección del derecho a la salud, en la misma línea de lo señalado en el Preámbulo, el artículo 3° "Objetivos" del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco establece lo siguiente:



"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. (...)" (énfasis nuestro)

6 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

"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. (...)" (énfasis nuestro)

7 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

"Artículo 24.- 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. (...)" (énfasis nuestro)

8 PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR"

"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. (...)" (énfasis nuestro)

9 RESOLUCION LEGISLATIVA N° 28280: RESOLUCION LEGISLATIVA QUE APRUEBA EL "CONVENIO MARCO DE LA OMS PARA EL CONTROL DEL TABACO"

"Artículo Único.- Objeto de la Resolución Legislativa

Apruébase el "Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco", adoptado el 21 de mayo de 2003 en la ciudad de Ginebra, Confederación Suiza, en el marco de la 56 Asamblea Mundial de la Salud y suscrito por el Perú el 21 de abril de 2004, de conformidad con los artículos 56 y 102 inciso 3) de la Constitución Política del Perú."

10 CONSTITUCION

"Artículo 56.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. (...)"

11 CONSTITUCION

"Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso: (...) 3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución. (...)"



"El objetivo de este Convenio y de sus protocolos es proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco proporcionando un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco" (énfasis nuestro)

Como podemos apreciar, el objetivo del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco es proteger el derecho a la salud, para lo cual proporciona "un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes (...) a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco". En tal sentido, para proteger el derecho a la salud el Perú debe dictar medidas que sean idóneas para lograr el cumplimiento de dos fines: **1) reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco; y 2) reducir de manera continua y sustancial la exposición al humo de tabaco.**

En consecuencia, sobre la base de lo establecido en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, se deben dictar medidas legislativas idóneas para lograr los dos fines antes señalados. Así también lo ha entendido la parte demandante al señalar expresamente que "el referido Convenio establece disposiciones generales a partir de las cuales el Perú debe implementar medidas (legislativas, administrativas y ejecutivas) que contribuyan a reducir el consumo de tabaco y la exposición al humo del mismo".

Según la parte demandante, la versión original del artículo 3º de la Ley Nº 28705 (antes de la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley Nº 29517)¹² permitía el cumplimiento de los dos fines a los que nos hemos estado refiriendo. Así pues, en la demanda se sostiene lo siguiente:

¹² LEY Nº 28705: LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO

Texto antes de la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley Nº 29517

"Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

Prohíbese fumar en cualquier establecimiento dedicado a la salud o a la educación sean públicos o privados, en las dependencias públicas y en cualquier medio de transporte público.

En centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares y otros centros de entretenimiento, los propietarios y/o empleadores tendrán la opción de permitir el consumo de tabaco, en áreas designadas para fumadores que en todos los casos deben estar separadas físicamente de las áreas donde se prohíbe fumar y deben contar con mecanismos que impidan el paso del humo hacia el resto del local y ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior.

La autoridad municipal será la encargada de hacer cumplir esta norma." (énfasis nuestro)



"3. (...) la norma permitía la existencia de áreas para fumadores en espacios públicos cerrados, siempre que éstas se encuentren separadas de las áreas donde se prohíbe fumar. **Ello permitía el cumplimiento de los fines establecidos en tanto que reducía el consumo del tabaco, y sobre todo, protegía a los no fumadores de la exposición al humo del tabaco.** Así, se estableció un equilibrio razonable que permitía a las personas no fumadoras protegerse de la exposición del humo del tabaco, sin establecer una prohibición absoluta de fumar en todo tipo de establecimientos comerciales."¹³ (énfasis nuestro)

Con relación al cumplimiento de los fines establecidos en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco por parte de la versión original del artículo impugnado, se podría sostener que "reducía el consumo de tabaco" si tenemos en cuenta lo establecido en la ley anterior sobre la materia¹⁴. Sin embargo, consideramos que no es posible afirmar que "protegía a los no fumadores de la exposición al humo del tabaco", tal como lo veremos más adelante.

Es preciso resaltar que, de acuerdo al referido instrumento internacional, la reducción de "la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco" debe tener dos características:

- 1) "continua", es decir "Constante y perseverante"¹⁵, "Permanente"¹⁶.
- 2) "sustancial", es decir "Importante"¹⁷.

En esta línea, se encuentra la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley N° 29517 al artículo 3º de la Ley N° 28705. En efecto, la versión actual del artículo impugnado establece la prohibición de fumar en los espacios públicos cerrados, sin admitir la habilitación de "áreas designadas para fumadores" tal como lo permitía la versión original. De esta manera, para proteger el derecho a la salud se establece una medida que resulta idónea para "reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco".

¹³ Página 5 del escrito de demanda (Punto III "MARCO GENERAL").

¹⁴ LEY N° 25357 (Publicada el 27 de noviembre de 1991)

"Artículo 1.- Prohíbese fumar en espacios cerrados de uso público.

"Artículo 2.- Compréndase en esta norma los espacios de instituciones públicas, espacios públicos de instituciones privadas y los medios de transporte que brinden servicios públicos."

¹⁵ De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (Vigésima segunda edición), una de las acepciones de la palabra "continua" es la siguiente: "3. adj. Constante y perseverante en alguna acción."

¹⁶ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 24ª Edición. Tomo II. Buenos Aires: Heliasta. 1996. p. 328.

¹⁷ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 24ª Edición. Tomo VII. Buenos Aires: Heliasta. 1996. p. 541. En el mismo sentido, se encuentra el Diccionario de la Lengua Española de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (Vigésima segunda edición), pues una de las acepciones de la palabra "sustancial" es la siguiente: "3. adj. Que constituye lo esencial y más importante de algo."



III. SOBRE LOS ALCANCES DE LA NORMA IMPUGNADA

Al respecto, la parte demandante señala lo siguiente:

"3. (...) la NORMA CUESTIONADA prohíbe fumar en todos los espacios públicos cerrados. Ello no solo implica que nadie podrá consumir tabaco en un espacio que se encuentra debidamente acondicionado para ello; sino que prohíbe la existencia de espacios públicos cerrados exclusivamente para fumadores. Además, prohíbe el consumo de tabaco a personas adultas en las áreas abiertas de los establecimientos educativos.

(...)

4. Destacamos que no cuestionamos la finalidad de reducir el consumo de tabaco o la exposición al humo del mismo sobre los no fumadores; **sin embargo, la NORMA CUESTIONADA asume una tesis absoluta, que termina por afectar los derechos fundamentales de los ciudadanos que han optado por el consumo de tabaco.**

Al respecto nos preguntamos ¿por qué prohibir el funcionamiento de establecimientos exclusivamente para fumadores, donde además trabaje personal fumador? O, ¿por qué impedir a las personas adultas el consumo de tabaco en una universidad donde cuenten con amplios espacios abiertos, donde no se afecten los derechos de los terceros?

5. Permitir la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores; así como permitir fumar en espacios abiertos no contraviene de manera alguna los derechos de los no fumadores, sino que los protege contra la exposición del humo del tabaco."¹⁸ (énfasis sólo con negritas es nuestro)

Como podemos notar, la parte demandante cuestiona que el artículo impugnado establezca la prohibición de fumar en los establecimientos dedicados a la educación y en los espacios públicos cerrados. Al respecto, debemos precisar que **la versión original del artículo impugnado también establecía la prohibición de fumar en los establecimientos dedicados a la educación. De manera que, en lo que se refiere a ambos aspectos, la versión actual del artículo impugnado sólo ha introducido la prohibición de fumar en los espacios públicos cerrados, sin admitir la habilitación de**



¹⁸ Páginas 8-9 del escrito de demanda (Punto IV "ALCANCES DE LA NORMA IMPUGNADA").



“áreas designadas para fumadores”, tal como lo permitía el texto de dicho artículo antes de ser modificado¹⁹.

Asimismo, también podemos apreciar que la parte demandante considera que el artículo impugnado **“asume una tesis absoluta, que termina por afectar los derechos fundamentales de los ciudadanos que han optado por el consumo de tabaco”**. Al respecto, debemos señalar que **dicho artículo sólo establece la prohibición de fumar en determinados lugares (los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, las dependencias públicas, los interiores de los lugares de trabajo, los espacios públicos cerrados y cualquier medio de transporte), por lo que no se puede afirmar que estamos ante una “tesis absoluta”**.

De otro lado, en la demanda se plantea como pregunta **“¿por qué prohibir el funcionamiento de establecimientos exclusivamente para fumadores, donde además trabaje personal fumador?”**. Sobre el particular, es preciso tener en cuenta que el artículo impugnado prohíbe fumar en los **“interiores de los lugares de trabajo”, aun en el caso de que trabaje personal fumador**. En tal sentido, **“el funcionamiento de establecimientos exclusivamente para fumadores, donde además trabaje personal fumador”** constituiría una excepción a la prohibición antes señalada. Además, **en tal supuesto el “personal fumador” estaría mucho más expuesto a las consecuencias del tabaquismo**, pues no sólo soportaría tales consecuencias en los momentos que decide fumar (consumo del tabaco), sino también en los momentos que no puede fumar por estar trabajando (exposición al humo de tabaco).

Así también, en la demanda se plantea como pregunta **“¿por qué impedir a las personas adultas el consumo de tabaco en una universidad donde cuenten con amplios espacios abiertos, donde no se afecten los derechos de los terceros?”**. Al respecto, debemos señalar que no sería coherente permitir el consumo de tabaco en los establecimientos dedicados a la educación, como demostraremos a continuación.

¹⁹ LEY 28705: LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DEL TABACO

Texto antes de la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley N° 29517

“Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco

Prohíbese fumar en cualquier establecimiento dedicado a la salud o a la educación sean públicos o privados, en las dependencias públicas y en cualquier medio de transporte público.

En centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares y otros centros de entretenimiento, los propietarios y/o empleadores tendrán la opción de permitir el consumo de tabaco, en áreas designadas para fumadores que en todos los casos deben estar separadas físicamente de las áreas donde se prohíbe fumar y deben contar con mecanismos que impidan el paso del humo hacia el resto del local y ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior.

La autoridad municipal será la encargada de hacer cumplir esta norma.” (énfasis nuestro)





Con relación al **consumo de tabaco**, debemos tener presente que en el Preámbulo del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco se señala que: a) *la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública*; b) *el consumo de tabaco es una causa de mortalidad, morbilidad y discapacidad*; c) *los cigarrillos y algunos otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera muy sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia*; d) *muchos de los compuestos que contienen dichos productos son farmacológicamente activos, tóxicos, mutágenos y cancerígenos*; e) *la dependencia del tabaco figura como un trastorno aparte en las principales clasificaciones internacionales de enfermedades*.

Sobre la **educación**, es preciso tener en consideración que el artículo 13° de la Constitución establece que *“La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana.”* En el mismo sentido, se encuentran diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos del Sistema Universal (Declaración Universal de Derechos Humanos²⁰ y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²¹) y del Sistema Interamericano (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”²²). Indudablemente, **la educación universitaria también tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana.** Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:



“(...) si bien la Norma Fundamental reconoce el derecho de las entidades privadas a iniciar, impulsar y dirigir universidades, delega en el Legislador la especificación de los requisitos que se deben cumplir para emprender y desarrollar su actividad, la que permanentemente deberá estar orientada, como exige el artículo 13°, al desarrollo integral de la persona humana y,

²⁰ **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**

“Artículo 26

1. *Toda persona tiene derecho a la educación. (...)*
2. *La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana (...)* (énfasis nuestro)

²¹ **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**

“Artículo 13

1. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, (...)* (énfasis nuestro)

²² **PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”**

“Artículo 13. Derecho a la Educación

1. *Toda persona tiene derecho a la educación.*
2. *Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad (...)* (énfasis nuestro)



además, al respeto de los derechos y libertades fundamentales²³
(énfasis nuestro)

En esta misma línea, debemos tener en consideración que, según el Tribunal Constitucional, las funciones de la universidad tienen la finalidad de lograr una mayor calidad de vida. Así pues, el referido órgano colegiado ha sostenido lo siguiente:

"(...) el artículo 18° de la Constitución establece que 'La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia (...) La universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados (...). Es por ello que a la universidad le corresponde realizar el servicio público de la educación mediante la investigación, la docencia y el estudio, teniendo como funciones, entre otras, las de creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica, de las artes y de la cultura, así como las de difusión, valorización y transferencia del conocimiento para lograr una mayor calidad de vida, desarrollo económico y el fomento de la solidaridad, la ética y el civismo.'²⁴ (énfasis nuestro)



Por lo señalado anteriormente, podemos concluir que resulta contradictorio que se permita la realización de un acto (consumo de tabaco), que trae devastadoras consecuencias para la salud humana, en un lugar (centro educativo universitario) que está dedicado a prestar un servicio público (educación)²⁵, que tiene como finalidad el desarrollo

²³ Fundamento jurídico 2 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01387-2003-AA/TC (Caso "Asociación Cultural del Oriente Peruano").

²⁴ Fundamento jurídico 20 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04232-2004-AA/TC (Caso "Larry Jimmy Ormeño Cabrera").

²⁵ Sobre la educación como servicio público, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00026-2007-PI/TC (Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú contra el artículo 1° de la Ley N.º 28988, que declara a la Educación Básica Regular como Servicio Público Esencial) el Tribunal Constitucional, ha señalado lo siguiente:

"12. Pero además, la educación posee un carácter binario, pues no sólo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público. Así lo ha señalado este Tribunal al establecer que,

'la educación se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos (...)' [Cfr. STC N° 4232-2004-AA/TC] (subrayado agregado)

13. De igual manera, y ya en el plano legal, la Ley General de Educación N.º 28044 establece en su artículo 4° que 'La educación es un servicio público; cuando lo provee el Estado es gratuita en todos sus niveles y modalidades, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y en la presente ley. En la educación inicial y



integral de la persona humana y proporcionarle conocimientos para lograr una mayor calidad de vida. Más aún, si tenemos en consideración que, en muchos casos, a dichos centros educativos también asisten menores de edad en los mismos horarios, quienes deben ser protegidos, sobre la base de lo establecido en la Constitución²⁶ y en la Convención sobre los Derechos del Niño²⁷.

Finalmente, debemos indicar que, al parecer, en la demanda sólo se otorga importancia a uno de los fines contemplados en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (reducir la exposición al humo de tabaco). En efecto, la parte demandante señala que "Permitir la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores; así como permitir fumar en espacios abiertos no contraviene de manera alguna los derechos de los no fumadores, sino que los protege contra la exposición del humo del tabaco." Sin embargo, sobre la base de lo establecido en el referido instrumento internacional, se deben dictar medidas legislativas idóneas no sólo para "reducir de manera continua y sustancial la exposición al humo de tabaco", sino también para "reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco", lo cual se logra con la prohibición de fumar en determinados lugares, tal como lo establece el artículo impugnado.

IV. SOBRE LA FINALIDAD DE LA NORMA IMPUGNADA

Al respecto, la parte demandante sostiene lo siguiente:

"1. Conviene precisar cuál fue la finalidad de la NORMA CUESTIONADA, tal como se aprecia de los proyectos iniciales presentados y del debate efectuado en el Congreso. Si bien somos conscientes que la norma cuenta con vida propia, independientemente de la intención de quienes la elaboraron, consideramos que resulta ilustrativo conocer cómo se gestó



primaria se complementa obligatoriamente con programas de alimentación, salud y entrega de materiales educativos."

En el mismo sentido, se encuentran las sentencias recaídas en los Expedientes números 00005-2008-PI/TC (FF.JJ. 11-12), 00008-2008-PI/TC (FF.JJ. 22-23), 00016-2008-PI/TC (F.J. 3) y 00017-2008-PI/TC (F.J. 10).

²⁶ CONSTITUCIÓN

"Artículo 4º.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. (...)" (énfasis nuestro)

²⁷ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

"Artículo 1.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad." (énfasis nuestro)



el dispositivo que impugnamos a través de la presente demanda, para indagar en las razones que la motivaron.

(...)

6. A partir de los proyectos presentados podemos concluir que las razones centrales que motivaron la reforma, en el sentido de establecer que todos los locales públicos y privados cerrados (incluso aquellos destinados al entretenimiento), sean ambientes 100% libres de humo de tabaco; han sido las siguientes:

- a) La norma anterior era insuficiente y no ha resultado efectiva.
- b) La reforma aprobada es la única medida efectiva para proteger la salud de los no fumadores y del personal que atiende (trabajadores).
- c) La reforma aprobada es la única forma de eliminar los tóxicos y evitar la contaminación causada por el humo del tabaco.
- d) La reforma se adecua a lo previsto por el artículo 8° del "Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco".

7. Como demostraremos a continuación, no todas éstas constituyen finalidades constitucionales. En principio porque la legislación relativa al consumo de tabaco ha cambiado constantemente, impidiendo que se lleve a cabo una verdadera adaptación de los establecimientos a la legislación; y una verdadera labor de fiscalización por parte del Estado en el cumplimiento de las normas. En el presente caso, el Decreto Supremo N° 001-2010-SA que dispuso la posibilidad de establecer un área máxima del 10% del local de atención al público como área de fumadores (desarrollando lo dispuesto por el artículo 3° original de la Ley N° 28705), fue publicado el 14 de enero de 2010. Es decir que, estuvo vigente únicamente cuatro meses antes de que la NORMA CUESTIONADA estableciera ambientes 100% libres de humo. No nos explicamos cómo en cuatro meses cómo pudo haberse concluido que la referida norma resultaba insuficiente.

Pero además, pretender eliminar los tóxicos sociales como el tabaco, y justificar la NORMA CUESTIONADA en la adecuación al 'Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco', no constituyen finalidades constitucionales. Ello porque el artículo 8° de la Constitución permite el consumo de tóxicos sociales, como lo es el tabaco. En el mismo sentido, el referido Convenio no podría prohibir su uso; como tampoco lo hace.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que la NORMA CUESTIONADA busca la protección efectiva del derecho a la salud de los no fumadores. (...)²⁸ (énfasis nuestro)



²⁸ Páginas 9-12 del escrito de demanda (Punto IV.1 "Sobre las razones que motivaron la NORMA CUESTIONADA").



281000
160

Como podemos notar, en la demanda se persigue establecer la finalidad de la norma impugnada sobre la base de *“la intención de quienes la elaboraron”*. Para tal efecto, se hace referencia al Proyecto de Ley N° 2996/2008-CR²⁹, al Dictamen acumulado de los Proyectos de Ley números 2996/2008-CR y 3008/2008-CR de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, al Proyecto de Ley N° 3790/2009-PE³⁰ y al debate realizado en el Pleno del Congreso de la República que condujo a la aprobación del texto sustitutorio. A partir de estas fuentes, la parte demandante concluye que cuatro fueron las *“razones centrales”* que motivaron la reforma de la versión original del artículo 3° de la Ley N° 28705. Como sabemos a través de dicha reforma se establece la prohibición de fumar en los espacios públicos cerrados, ~~sin admitir la habilitación de “áreas designadas para fumadores”~~ tal como lo permitía la versión original del artículo impugnado.

Asimismo, podemos apreciar que la parte demandante pretende demostrar que no se desprende una finalidad constitucional en todas las *“razones centrales que motivaron la reforma”*. No obstante, a continuación vamos a ver que en cada una de estas razones se puede apreciar que el legislador persigue la finalidad de garantizar la plena vigencia del derecho a la salud. En efecto, se hace alusión a la norma anterior (versión original del artículo 3° de la Ley N° 28705) y a la reforma aprobada (versión actual del artículo 3° de la Ley N° 28705 o artículo impugnado) como medios utilizados para lograr una finalidad constitucional (garantizar la plena vigencia del derecho a la salud).

1. Sobre la primera razón: “a) La norma anterior era insuficiente y no ha resultado efectiva”

Con relación a la justificación en el sentido de que *“la norma anterior era insuficiente”*, debemos señalar que la insuficiencia de la versión original del artículo 3° de la Ley N° 28705 no tiene relación, como lo considera la parte demandante, con el hecho de que *“la legislación relativa al consumo de tabaco ha cambiado constantemente, impidiendo que se lleve a cabo una verdadera adaptación de los establecimientos a la legislación, y una verdadera labor de fiscalización por parte del Estado en el cumplimiento de las normas”*. En efecto, ~~la norma anterior (medio) “resultaba insuficiente” para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud (finalidad constitucional), por el solo hecho de admitir la habilitación de “áreas designadas para fumadores”~~. Al

²⁹ Este Proyecto de Ley fue presentado por el Grupo Parlamentario Aprista el 27 de enero de 2009. Proponía la modificación del artículo 3° de la Ley N° 28705, con la finalidad de prohibir que se fume en todos los establecimientos públicos y privados los cuales serán ambientes 100% libres de humo de tabaco.

³⁰ Este Proyecto de Ley fue presentado por el Poder Ejecutivo el 15 de enero de 2010. También proponía la existencia de ambientes 100% libres de humo de tabaco.





respecto, en el Dictamen acumulado de los Proyectos de Ley N° 2996/2008-CR y N° 3008/2008-CR de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, se sostiene lo siguiente:

“6. La explicación de ello es que el humo del tabaco es una mezcla de gases y partículas que no pueden ser eliminados totalmente mediante los sistemas de ventilación. De acuerdo al doctor Rodrigo Córdova, del Comité Nacional para la Prevención del Tabaquismo de España: ‘Los locales de ocio con los mejores y más potentes sistemas de ventilación presentan invariablemente unas concentraciones de nicotina en el ambiente muy por encima de los 2,4 microgramos/m³’. Al respecto la Sociedad Española de Especialistas en Tabaquismo afirma que ‘si el sistema funcionara, la concentración debería ser nula y, sin embargo, 2,4 ya puede provocar cáncer de pulmón’. Se encuentran especialmente de moda los desionizadores, pero ni sus fabricantes confían en su utilidad contra el tabaco. Incluso informan en su documentación que los desionizadores electrónicos para purificar el aire no protegen del humo de segunda mano, no ayudan a eliminar los gases que se encuentran en el humo del tabaco’.

7. En cuanto a la inutilidad de las soluciones de separaciones de ambientes y los sistemas de ventilación, el mismo profesor Rodrigo Córdova afirma lo siguiente: ‘Fumar en el área de fumadores causa enfermedad en el área de no fumadores cuando hay separación meramente funcional: cortinas, biombos, sistema de limpieza de aire, etc. (...) En algunos lugares se han podido ver aparatos de este tipo – estaciones de humo – que ninguna autoridad científica acreditada ha homologado por una razón muy sencilla, porque estos sistemas no son capaces de eliminar las sustancias en fase gaseosa’. Estos sistemas de ventilación pueden eliminar el olor y una parte del humo de tabaco que se halla en forma de partículas, incluso las bacterias, pero no son viables para eliminar los cancerígenos del humo del tabaco por varios motivos: a) los principales componentes tóxicos del tabaco se encuentran en forma de vapor en concentraciones nocivas para la salud; b) para eliminarlos se requeriría una velocidad de intercambio de aire insoportable puesto que tendría una magnitud de pequeño huracán, etc.; c) los locales de ocio con los mejores sistemas de ventilación siempre presentan concentraciones de tóxicos por encima de los niveles saludables’³¹ (énfasis nuestro)



³¹ COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Dictamen Acumulado de los Proyectos de Ley N°



En consecuencia, la norma anterior (medio) resultaba insuficiente” para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud. No era posible que se convirtiera en una norma suficiente, como considera la parte demandante, por el hecho de darse “una verdadera adaptación de los establecimientos a la legislación” o “una verdadera labor de fiscalización por parte del Estado en el cumplimiento de las normas”.

Asimismo, respecto a la justificación en el sentido de que “la norma anterior era insuficiente”, se puede apreciar que la parte demandante hace referencia al Proyecto de Ley N° 2996/2008-CR para señalar lo siguiente:

“2. (...) La Exposición de Motivos del Proyecto señalaba que el artículo 18 del ‘Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco’ compromete al Perú a adoptar medidas ‘eficaces’ contra la exposición al humo del tabaco y afirmaba que:

‘El artículo 3 de la Ley N° 28705, sobre la protección contra la exposición al humo de tabaco resulta insuficiente, (...); por lo que resulta necesario que todos aquellos locales públicos o privados destinados a albergar a las personas, sea con objetivos laborales y/o de entretenimiento, públicos o privados sean 100% libres de humo, pues es la única forma en que efectivamente se protegerá la salud tanto de los no fumadores como del personal que atiende en los centros de entretenimiento.’³²

(énfasis nuestro)

Efectivamente, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 2996/2008-CR se afirma que la versión original del artículo 3° de la Ley N° 28705 “resulta insuficiente” para la protección contra la exposición al humo de tabaco. Para sustentar tal afirmación, se argumenta lo siguiente:

“El artículo 3 de la Ley N° 28705, sobre la protección contra la exposición al humo de tabaco resulta insuficiente, debido a que la redacción del segundo párrafo indica que “los propietarios y/o empleadores tendrán la opción de permitir el consumo de tabaco en áreas designadas para fumadores que en todos los casos deben estar separadas físicamente de las áreas donde se prohíbe fumar y deben contar con mecanismos que impidan el paso del humo hacia el resto del local y ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el

2996/2008-CR que propone modificar la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco; y del Proyecto de Ley N° 3008/2008-CR, que propone modificar el artículo 7° de la referida ley. pp. 13-14.

³² Página 9 del escrito de demanda (Punto IV.1 “Sobre las razones que motivaron la NORMA CUESTIONADA”).



exterior; sin embargo conforme a lo narrado ut supra no existe mecanismo alguno que sea eficaz al 100% para impedir el paso del humo, por lo que resulta necesario que todos aquellos locales públicos o privados destinados a albergar a las personas, sea con objetivos laborales y/o de entretenimiento, públicos o privados sean 100% libres de humo, pues es la única forma en que efectivamente se protegerá la salud tanto de los no fumadores como del personal que atiende en los centros de entretenimiento.” (énfasis nuestro)

Como podemos notar, en esta Exposición de Motivos se sostiene que la versión original del artículo 3° de la Ley N° 28705 establece una medida (admitir la posibilidad de que existan áreas de fumadores en lugares públicos cerrados) que *“resulta insuficiente”* para proteger contra la exposición al humo de tabaco, debido a que *“no existe mecanismo alguno que sea eficaz al 100% para impedir el paso del humo”*. En ese sentido, podemos concluir que en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 2996/2008-CR se considera que el medio utilizado anteriormente (la norma anterior) *“resulta insuficiente”* para lograr la finalidad constitucional (garantizar la plena vigencia del derecho a la salud *“tanto de los no fumadores como del personal que atiende en los centros de entretenimiento”*).

Con relación a la justificación en el sentido de que *“la norma anterior (...) no ha resultado efectiva”*, la parte demandante señala lo siguiente:

“3. (...) el Dictamen acumulado del 26 de mayo de 2009 de los Proyectos de Ley N° 2996/2008-CR y N° 3008/2008-CR de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, mantenía la prohibición de fumar en espacios públicos, justificando la propuesta en que:

“5. *La medida de establecer zonas de fumadores y no fumadores ha sido seriamente cuestionada porque se ha considerado que no es efectiva para proteger de la exposición al humo de tabaco a las personas. De acuerdo a un informe de junio del 2005 de la Sociedad Estadounidense de Ingenieros de Calefacción, refrigeración y Aire Acondicionado (ASHRAE) la única forma de eliminar tóxicos es eliminando el fumado en lugares cerrados.*

(...)

10. *Existen otros beneficios de mantener espacios libres 100% de humos de tabaco como la reducción del número de hospitalizaciones y la protección de los trabajadores de los centros de entretenimiento que involuntariamente se encuentran expuestos al humo de tabaco.”³³*



³³ Páginas 9-10 del escrito de demanda (Punto IV.1 “Sobre las razones que motivaron la NORMA CUESTIONADA”).



(énfasis nuestro)

Al respecto, es importante tener presente que en el citado Dictamen se concluye lo siguiente:

“8. De esta manera las soluciones relativas a separar los ambientes en zonas para fumadores y no fumadores o de establecer umbrales sobre la presencia de humo en el ambiente han demostrado ser inefectivos para proteger a los no fumadores. (...)”³⁴ (énfasis nuestro)

~~En consecuencia, podemos apreciar que en el Dictamen del Proyecto de Ley N° 2996/2008-CR se concluye que la versión original del artículo 3° de la Ley N° 28705 establece una medida (admitir la posibilidad de que existan áreas de fumadores en lugares públicos cerrados) que no resulta efectiva para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud de los no fumadores. Es decir, se concluye que el medio utilizado anteriormente (la norma anterior) no resulta efectivo para lograr la finalidad constitucional.~~

En tal sentido, sobre la base de lo sostenido en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 2996/2008-CR y en el Dictamen del referido proyecto, podemos concluir que en el procedimiento legislativo que dio origen al artículo impugnado, se consideró que la versión original del artículo 3° de la Ley N° 28705 (norma anterior) era una norma insuficiente y que no ha resultado efectiva para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud.

2. Sobre la segunda razón: “b) La reforma aprobada es la única medida efectiva para proteger la salud de los no fumadores y del personal que atiende (trabajadores)”

Al respecto, la parte demandante también hace referencia al Proyecto de Ley N° 2996/2008-CR para señalar lo siguiente:



“2. (...) La Exposición de Motivos del Proyecto señalaba que el artículo 8 del “Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco” compromete al Perú a adoptar medidas ‘eficaces’ contra la exposición al humo del tabaco y afirmaba que:

‘El artículo 3 de la Ley N° 28705, sobre la protección contra la exposición al humo de tabaco resulta insuficiente, (...);

³⁴ COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Dictamen Acumulado de los Proyectos de Ley N° 2996/2008-CR que propone modificar la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco; y del Proyecto de Ley N° 3008/2008-CR, que propone modificar el artículo 7° de la referida ley. p. 14.



por lo que resulta necesario que todos aquellos locales públicos o privados destinados a albergar a las personas, sea con objetivos laborales y/o de entretenimiento, públicos o privados sean 100% libres de humo, pues es la única forma en que efectivamente se protegerá la salud tanto de los no fumadores como del personal que atiende en los centros de entretenimiento.³⁵

(énfasis nuestro)

Como podemos notar, en la **Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 2996/2008-CR** se afirma que *“resulta necesario que todos aquellos locales públicos o privados destinados a albergar a las personas, sea con objetivos laborales y/o de entretenimiento, públicos o privados sean 100% libres de humo”*, debido a que *“es la única forma en que efectivamente se protegerá”* el derecho a la salud *“tanto de los no fumadores como del personal que atiende en los centros de entretenimiento”*. Para sustentar tal afirmación, se señala lo siguiente:



“(…) diversas investigaciones realizadas en el mundo demuestran que la separación física y/o mecanismos de ventilación no son eficaces. La única medida eficaz para una verdadera protección de las personas al humo de tabaco son los ambientes 100% libres de humo de tabaco.

No existe un umbral mínimo de exposición de humo que no entrañe riesgos. Cualquier exposición provoca daños a la salud de las personas que se ven obligadas a vivir o trabajar en lugares donde se permite fumar.

Tampoco existen mecanismos eficaces para eliminar los tóxicos contenidos en humo de tabaco. Los ventiladores, filtros o extractores (solos o combinados) pueden reducir la exposición al humo de tabaco. Estos eliminan sólo el humo más no los tóxicos. Estos quedan contenidos en los ambientes.

El humo de tabaco contiene tanto partículas como gases. Los sistemas de ventilación no pueden extraer todas las partículas y menos todavía los gases tóxicos. Es más, muchas partículas se inhalan o se depositan en la ropa, los muebles, las paredes, los techos, etc., antes de que puedan ventilarse. Aunque el aumento de la tasa de ventilación reduce la concentración de los contaminantes de interiores, incluido el humo de tabaco, se necesitaría una tasa de ventilación más de 100 veces mayor que lo normal apenas para eliminar el olor y mayor aún para eliminar los productos tóxicos, que es la única opción segura para la salud. De hecho, se necesitarían

³⁵ Página 9 del escrito de demanda (Punto IV.1 “Sobre las razones que motivaron la NORMA CUESTIONADA”).



tantos cambios del aire que sería impráctico, incómodo e inasequible.

La potencia que debería tener un sistema de ventilación para lograr extraer los tóxicos del humo de tabaco debería ser equivalente a la fuerza de un huracán." (énfasis nuestro)

En consecuencia, sobre la base de lo sostenido en la referida Exposición de Motivos, podemos concluir que en el procedimiento legislativo que dio origen al artículo impugnado se consideró que el establecimiento de los ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco constituye la única medida efectiva de garantizar la plena vigencia del derecho a la salud de los no fumadores y del personal que atiende en los centros de entretenimiento. Es decir, el medio utilizado actualmente (la reforma aprobada) es el único medio efectivo para lograr la finalidad constitucional (garantizar la plena vigencia del derecho a la salud).

3. Sobre la tercera razón: "c) La reforma aprobada es la única forma de eliminar los tóxicos y evitar la contaminación causada por el humo del tabaco"

Con relación a la justificación en el sentido de que "La reforma aprobada es la única forma de eliminar los tóxicos", la parte demandante sostiene lo siguiente:

"3. (...) el Dictamen acumulado del 26 de mayo de 2009 de los Proyectos de Ley N° 2996/2008-CR y N° 3008/2008-CR de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, mantenía la prohibición de fumar en espacios públicos, justificando la propuesta en que:

5. La medida de establecer zonas de fumadores y no fumadores ha sido seriamente cuestionada porque se ha considerado que no es efectiva para proteger de la exposición al humo de tabaco a las personas. De acuerdo a un informe de junio del 2005 de la Sociedad Estadounidense de Ingenieros de Calefacción, refrigeración y Aire Acondicionado (ASHRAE) la única forma de eliminar tóxicos es eliminando el fumado en lugares cerrados.

(...)

10. Existen otros beneficios de mantener espacios libres 100% de humos de tabaco como la reducción del número de hospitalizaciones y la protección de los trabajadores de





los centros de entretenimiento que involuntariamente se encuentran expuestos al humo de tabaco".³⁶
(énfasis nuestro)

Como podemos apreciar, en este punto se hace referencia a la protección contra la exposición al humo de tabaco. En efecto, en el Dictamen citado por la parte demandante se señala lo siguiente:

"4. Para combatir los daños que produce la exposición de humo de tabaco se han tomado una serie de medidas que van desde establecer zonas para fumadores y no fumadores hasta prohibir fumar integralmente o totalmente en lugares de acceso al público.

5. La medida de establecer zonas de fumadores y no fumadores ha sido seriamente cuestionada porque se ha considerado que no es efectiva para proteger de la exposición al humo de tabaco a las personas. De acuerdo a un informe de junio del 2005 de la Sociedad Estadounidense de Ingenieros de Calefacción, refrigeración y Aire Acondicionado (ASHRAE) la única forma de eliminar tóxicos es eliminando el fumado en lugares cerrados. El informe concluye que los efectos nocivos para la salud no pueden ser controladas por ventilación y que ninguna otra ingeniería, incluyendo actuales y avanzados de ventilación o de dilución de aire, ha demostrado ni debe ser invocada para el control de los riesgos para la salud de la exposición del humo de tabaco. La misma directriz del artículo 8 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco concluye que no existe un nivel inocuo de exposición al humo de tabaco y hay que rechazar conceptos tales como el valor del umbral para la toxicidad del humo ajeno y sistemas de ventilación, filtración de aire y el uso de zonas destinadas a los fumadores."³⁷ (énfasis nuestro)

En tal sentido, en el Dictamen del Proyecto de Ley N° 2996/2008-CR también se sostiene que el establecimiento de los ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco constituye la única medida efectiva para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud.

³⁶ Páginas 9-10 del escrito de demanda (Punto IV.1 "Sobre las razones que motivaron la NORMA CUESTIONADA").

³⁷ COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Dictamen Acumulado de los Proyectos de Ley N° 2996/2008-CR que propone modificar la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco; y del Proyecto de Ley N° 3008/2008-CR, que propone modificar el artículo 7° de la referida ley. pp. 12-13.



Asimismo, con relación al presente punto, debemos señalar que **la parte demandante considera que el artículo impugnado tiene la finalidad de "eliminar los tóxicos sociales como el tabaco", lo cual no es exacto**, pues cuando se señala que **"la única forma de eliminar tóxicos es eliminando el fumado en lugares cerrados"** no se está haciendo referencia a los "tóxicos sociales", sino a los "tóxicos contenidos en el humo del tabaco". Así pues, el Dictamen acumulado de los Proyectos de Ley N° 2996/2008-CR y N° 3008/2008-CR de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos señala lo siguiente:

"5. La medida de establecer zonas de fumadores y no fumadores ha sido seriamente cuestionada porque se ha considerado que no es efectiva para proteger de la exposición al humo de tabaco a las personas. De acuerdo a un informe de junio del 2005 de la Sociedad Estadounidense de Ingenieros de Calefacción, refrigeración y Aire Acondicionado (ASHRAE) la única forma de eliminar tóxicos es eliminando el fumado en lugares cerrados. El informe concluye que los efectos nocivos para la salud no pueden ser controladas por ventilación y que ninguna otra ingeniería, incluyendo actuales y avanzados de ventilación o de dilución de aire, ha demostrado ni debe ser invocada para el control de los riesgos para la salud de la exposición del humo de tabaco. La misma directriz del artículo 8 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco concluye que no existe un nivel inocuo de exposición al humo de tabaco y hay que rechazar conceptos tales como el valor del umbral para la toxicidad del humo ajeno y sistemas de ventilación, filtración de aire y el uso de zonas destinadas a los fumadores."³⁸ (énfasis nuestro)



En tal sentido, no se puede entender, tal como lo hace la parte demandante, que el artículo impugnado tiene la finalidad de eliminar los tóxicos sociales como el tabaco.

Respecto a la justificación en el sentido de que **"La reforma aprobada es la única forma (...) evitar la contaminación causada por el humo del tabaco"**, la parte demandante señala lo siguiente:

"4. (...) el Proyecto de Ley N° 3790/2009-PE (...) también proponía la existencia de ambientes 100% libres de humo de tabaco, señalando en su exposición de motivos que:

³⁸ COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Dictamen Acumulado de los Proyectos de Ley N° 2996/2008-CR que propone modificar la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco; y del Proyecto de Ley N° 3008/2008-CR, que propone modificar el artículo 7° de la referida ley. pp. 12-13.



*'(...) para lograr de manera eficaz que las personas estén libres de la contaminación causada por humo del tabaco la única forma es que estén totalmente alejados de él, es decir que se prohíba totalmente que se consuma tabaco en lugares públicos. En tal sentido, la presente propuesta legislativa señala que los lugares públicos de cualquier naturaleza deben ser 100% libres de humos de tabaco, pues es la única forma en que la salud de las personas se encontrará garantizada.'*³⁹

(énfasis nuestro)

Es indudable que en este punto también se hace referencia a la protección contra la exposición al humo de tabaco. Así pues, en la Exposición de Motivos del citado Proyecto de Ley N° 3790/2009-PE se sustenta la modificación de la versión original del artículo 3° de la Ley N° 28705 en los siguientes términos:

"El segundo párrafo del artículo 3° de la Ley N° 28705 permite que en los centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares y otros centros de entretenimiento existan áreas para fumadores. De acuerdo al artículo 6° del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo 015-2008-SA, dicho espacio no sea mayor al 20% del total del área del local. Esta norma parece contener mecanismos que impidan que las personas no fumadoras no se perjudiquen con el humo de quienes sí fuman y se encuentran en un área separada, ~~sin embargo, esta protección es aparente, puesto que las áreas en muchos casos están aparentemente separadas y no se cumplen las disposiciones de la norma. Adicionalmente, debe mencionarse que los filtros supuestamente usados para eliminar el humo del tabaco no eliminan los tóxicos y quedan contenidos en el ambiente.~~

Es por ello que para lograr de manera eficaz que las personas estén libres de la contaminación causada por el humo del tabaco la ~~única forma~~ es que estén totalmente alejadas de él, es decir que se prohíba totalmente que se consuma tabaco en lugares públicos. En tal sentido, la presente propuesta legislativa señala que los lugares públicos de cualquier naturaleza deben ser 100% libres de humo de tabaco, pues es la única forma en que la salud de las personas se encontrará garantizada." (énfasis nuestro)

En consecuencia, en la citada Exposición de Motivos se sostiene que el establecimiento de los ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco constituye la única medida efectiva para garantizar la plena

³⁹ Página 10 del escrito de demanda (Punto IV.1 "Sobre las razones que motivaron la NORMA CUESTIONADA").





vigencia del derecho a la salud. En tal sentido, sobre la base de los instrumentos procesales parlamentarios citados anteriormente (el Dictamen del Proyecto de Ley N° 2996/2008-CR y el Proyecto de Ley N° 3790/2009-PE)⁴⁰ podemos concluir que el medio utilizado actualmente (la reforma aprobada) es el único medio efectivo para lograr la finalidad constitucional (garantizar la plena vigencia del derecho a la salud).

4. Sobre la cuarta razón: "La reforma se adecua a lo previsto por el artículo 8° del 'Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco' "

Al respecto, la parte demandante sostiene lo siguiente:

"(...) durante el debate realizado en el Pleno del Congreso de la República que condujo a la aprobación del texto sustitutorio (...) la Presidenta de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, la congresista Alda Lazo Ríos sustentó la propuesta señalando:

'Establecer espacios públicos especialmente para fumadores implicaría un retroceso en la legislación y no nos estaríamos adecuando al Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco. Adicionalmente, se estaría afectando a los trabajadores que laboran en estos lugares a los cuales también debemos proteger.'

(énfasis nuestro)

Con relación a este punto, debemos tener en consideración que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y tiene rango constitucional, pues es un tratado sobre el derecho a la salud. Asimismo, debemos tener presente que dicho instrumento internacional para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud (finalidad constitucional) proporciona "un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes (...) a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco". En consecuencia, se puede afirmar que las medidas legislativas



⁴⁰ REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

"Instrumentos procesales parlamentarios"

Artículo 65°.- Son instrumentos procesales parlamentarios las proposiciones parlamentarias y los dictámenes e informes de las Comisiones.

Proposiciones parlamentarias

Artículo 66°.- Las propuestas parlamentarias son instrumentos destinados a promover el desarrollo de los procedimientos parlamentarios. Pueden ser:

- a) **Proposiciones de ley;**
- b) *Proposiciones de resolución legislativa;*
- c) *Mociones de orden del día; y,*
- d) *Pedidos de información." (énfasis nuestro)*



~~sobre control del tabaco (medios) deben adecuarse a lo previsto en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud (finalidad constitucional).~~

Por lo expuesto anteriormente, podemos apreciar que ~~“las razones centrales que motivaron la reforma”~~ están referidas a dos medios utilizados ~~(la versión original del artículo 3° de la Ley N° 28705 y el artículo impugnado)~~ para lograr una finalidad constitucional ~~(garantizar la plena vigencia del derecho a la salud)~~. En tal sentido, es posible concluir que sobre la base de ~~“la intención de quienes la elaboraron”~~ la finalidad del artículo impugnado es garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, que constituye uno de los deberes primordiales del Estado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 44° de la Constitución.

V. SOBRE LAS CONSIDERACIONES PREVIAS: FUMAR NO SE ENCUENTRA PROHIBIDO NI POR LA CONSTITUCIÓN, NI POR EL “CONVENIO MARCO DE LA OMS PARA EL CONTROL DEL TABACO”

Con relación a la regulación del consumo de tabaco en la Constitución, la parte demandante sostiene lo siguiente:



“1. Como es de vuestro conocimiento nuestro texto constitucional no ha acogido una tesis que prohíba fumar. Por el contrario, el artículo 8° de la Constitución dispone lo siguiente:

‘Artículo 8°.- El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales.’

2. (...) durante el proceso de elaboración de la Constitución de 1993 se introdujo la segunda parte referida a la regulación por el Estado del uso de los tóxicos sociales. (...)

3. (...) en la 67° Sesión de la Comisión y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático (...) se discutieron los alcances del referido dispositivo. (...)

La citada propuesta fue objeto de debate en la referida Comisión, pues algunos congresistas consideraban que resultaba innecesario incluir una cláusula con dicho contenido en la Constitución. (...)

Sin embargo, finalmente, la norma relativa a los tóxicos sociales fue aprobada por mayoría en la citada Comisión, debido a la insistencia del ponente, quien afirmó con absoluta claridad lo siguiente:



'(...) no estamos diciendo que se prohíba, sino que se regule el uso de estos tóxicos nada más'

Como puede apreciarse, desde el debate constitucional quedó clara la diferencia existente entre *'prohibición'* y *'regulación'*, asumiéndose sin mayor debate que el artículo 8° de la Constitución se limitaba a establecer un mandato de regulación, pero en ningún caso pretendió introducir un supuesto de prohibición.

4. La breve síntesis efectuada del debate constitucional, nos permite afirmar que la norma referida a la potestad del Estado de regular los denominados *'tóxicos sociales'*, que comprende al tabaco, fue introducida con la finalidad de precisar que el Estado estaba facultado para regular su uso. En consecuencia, el citado dispositivo no constituye una norma prohibitiva ni mucho menos califica como ilegal el consumo de los citados *'tóxicos sociales'*, sino tan sólo constituye una autorización normativa para la regulación de tales productos. Ella denota con claridad que el Estado puede realizar dicha actividad regulatoria. De allí que, el Estado para proteger determinados derechos (como por ejemplo, la salud) puede dictar normas que regulen el consumo del tabaco, introduciendo ciertas restricciones.

5. Por tanto, lo dispuesto por el artículo 8° de la vigente Constitución, se limita a ratificar la potestad del Estado de establecer restricciones al uso del tabaco; sin imponer prohibiciones absolutas. Si bien tal atribución regulatoria del Estado cuenta con cobertura constitucional y finalidad legítima, al momento de hacer uso de ella debe garantizarse un equilibrio razonable que evite posibles excesos regulatorios que terminen afectando otros derechos fundamentales; en aplicación del *'test de razonabilidad'*. Ello por la sencilla razón que el citado artículo 8° no establece una prohibición absoluta al consumo de los denominados tóxicos sociales.⁴¹



~~Efectivamente, la Constitución no establece la prohibición de fumar. Sobre el particular, solo señala que el Estado regula el uso de los tóxicos sociales. Pero es preciso indicar que esta regulación debe efectuarse teniendo en cuenta las consecuencias del consumo de dichos tóxicos. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:~~

"(...) no obstante la libertad ciudadana de elegir qué productos consumir y en qué cantidad, es evidente que no puede dejarse de lado los serios fenómenos sociales que se generan, o se profundizan, o se agravan por el consumo excesivo de

⁴¹ Páginas 12-15 del escrito de demanda (Punto V "CONSIDERACIONES PREVIAS: FUMAR NO SE ENCUENTRA PROHIBIDO NI POR LA CONSTITUCIÓN, NI POR EL CONVENIO MARCO DE LA OMS PARA EL CONTROL DEL TABACO").



*bebidas alcohólicas por parte de aquellas personas que no asumen con responsabilidad la ingesta de estas o que padecen de dolencias psíquicas que les impide tener un control adecuado de su consumo.*⁴² (énfasis nuestro)

En tal sentido, al regular el consumo del tabaco, el Estado debe tener en consideración las consecuencias de dicho consumo. Al respecto, en el **Preámbulo del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco** se señala que: a) la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública; b) el consumo de tabaco es una causa de mortalidad, morbilidad y discapacidad; c) los cigarrillos y algunos otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera muy sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia; d) muchos de los compuestos que contienen dichos productos son farmacológicamente activos, tóxicos, mutágenos y cancerígenos; e) la dependencia del tabaco figura como un trastorno aparte en las principales clasificaciones internacionales de enfermedades.

Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 8º de la Constitución y en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, se emitió la Ley N° 28705, Ley para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, la cual establece lo siguiente:

“Artículo 1.- Del objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto **establecer un marco normativo sobre las medidas que permitan:**

1. **Proteger a la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, a fin de reducir dicho consumo y exposición de manera continua y sustancial.**
2. **Que los productos del tabaco sean comercializados de manera responsable, asegurando que su publicidad, promoción y comercialización esté dirigida solamente a mayores de edad, y que éstas sean coherentes con el principio de que el consumo de tabaco debe ser una opción sólo para adultos informados de los riesgos de su consumo.**
3. **Medidas para la reducción de la oferta ilegal de productos de tabaco en todo el territorio nacional.”** (énfasis nuestro)

Dentro de las medidas relacionadas con el control del tabaco que forman parte de la referida ley, se encuentra el artículo impugnado, el cual **no establece una “prohibición absoluta” al consumo de tabaco, tal como**

⁴² Fundamento jurídico 10 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00850-2008-PA/TC (Caso “Silvia Susana Sáenz Valles”).





sostiene la parte demandante. En efecto, dicho artículo sólo establece la prohibición de fumar en determinados lugares como los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, las dependencias públicas, los interiores de los lugares de trabajo, los espacios públicos cerrados y cualquier medio de transporte (artículo 3.1 de la Ley N° 28705).

Respecto a la regulación del consumo de tabaco en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, la parte demandante señala lo siguiente:

“6. Como es de vuestro conocimiento, y de conformidad con lo establecido en el inciso 4) del artículo 200° de nuestra Constitución, el ‘Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco’ tiene rango de ley, por lo que deberá interpretarse en armonía con la Constitución. En tal sentido, el referido Convenio no podría prohibir el consumo del tabaco, ni imponer a los Estado que dicten normas que prohíban fumar, en tanto que nuestra Constitución Política permite expresamente el consumo de tóxicos sociales. Una interpretación contraria vulneraría el artículo 8° de nuestro texto fundamental, por lo que devendría en inconstitucional.

7. Sin perjuicio de ello, resaltamos que el ‘Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco’ no impone la obligación a los Estados de adoptar una prohibición absoluta de fumar en todos los espacios públicos cerrados –a los que la NORMA CUESTIONADA declara ambientes 100% libres de humo; sino que únicamente propone diversas disposiciones generales con la finalidad de que el Estado adopte medidas que permitan reducir el consumo y la exposición al humo del tabaco.

8. Por lo demás, el párrafo 2 del artículo 8° del referido Convenio no impone la obligación a los Estados de establecer ambientes 100% libres de humo; en tanto que el citado dispositivo señala que las medidas legislativas que adopte deben estar conforme a lo que ‘determine la legislación nacional’; y, evidentemente, la legislación nacional exige respetar la Constitución, como norma suprema del ordenamiento, y los derechos fundamentales.”⁴³

Al respecto, debemos recordar que en el punto II del presente escrito de contestación hemos demostrado que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco forma parte del conjunto de tratados sobre derechos humanos, los cuales según el Tribunal Constitucional “no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional”. No obstante, podemos apreciar que la parte demandante afirma que “de

⁴³ Página 15 del escrito de demanda (Punto V “CONSIDERACIONES PREVIAS: FUMAR NO SE ENCUENTRA PROHIBIDO NI POR LA CONSTITUCIÓN, NI POR EL CONVENIO MARCO DE LA OMS PARA EL CONTROL DEL TABACO”).





conformidad con lo establecido en el inciso 4) del artículo 200° de nuestra Constitución”, dicho instrumento internacional tiene rango legal. Tal afirmación no es exacta, pues el Tribunal Constitucional ha sido enfático en señalar que:



“26. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las ‘normas con rango constitucional’ se encuentran los ‘Tratados de derechos humanos’ [Sentencia recaída en el Exp. 047-2004-AI/TC, de 24 de abril de 2006, fundamento N° 61].

(...)

32. En consecuencia, debe descartarse la tesis según la cual los tratados internacionales sobre derechos humanos detentan jerarquía de ley debido a que la Constitución, al haber enumerado las normas objeto de control a través de la ‘acción de inconstitucionalidad’ (artículo 200, inciso 4), ha adjudicado jerarquía de ley a los tratados en general. Tal argumento debe ser desestimado debido a que dicha enumeración tiene como único efecto el enunciar las normas que constituyen objeto de control a través de la “acción” de inconstitucionalidad.”⁴⁴ (énfasis nuestro)

Ciertamente, dicho Convenio no prohíbe el consumo del tabaco como tampoco impone a los Estados Partes que dicten normas que prohíban fumar. Asimismo, tampoco impone, expresamente, “la obligación a los Estados de adoptar una prohibición absoluta de fumar en todos los espacios públicos cerrados”. Pero no se puede sostener, tal como lo hace la parte demandante, que dicho instrumento internacional “unicamente propone diversas disposiciones generales con la finalidad de que el Estado adopte medidas que permitan reducir el consumo y la exposición al humo del tabaco”. El referido Convenio no propone, no hace una propuesta, sino establece “Obligaciones generales” a los Estados Partes para prevenir y reducir el consumo de tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco. En efecto, su artículo 5° establece lo siguiente:

Clase de norma que impone un fin, más alto protector de la salud

“1. Cada Parte formulará, aplicará, actualizará periódicamente y revisará estrategias, planes y programas nacionales multisectoriales integrales de control del tabaco, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de los protocolos a los que se haya adherido.

2. Con ese fin, cada Parte, con arreglo a su capacidad:
(...)

⁴⁴ Fundamento jurídico 32 de la sentencia recaída en los Expedientes números 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC Acumulados.



b) **adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/o otras medidas eficaces y cooperará, según proceda, con otras Partes en la elaboración de políticas apropiadas para prevenir y reducir el consumo de tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco.**

(...)” (énfasis nuestro)

Asimismo, como señala la parte demandante, el **Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco “no impone la obligación a los Estados de establecer ambientes 100% libres de humo”**. Sobre el particular, en su **artículo 8º titulado “Protección contra la exposición al humo de tabaco”** establece lo siguiente:

“1. **Las Partes reconocen que la ciencia ha demostrado de manera inequívoca que la exposición al humo de tabaco es causa de mortalidad, morbilidad y discapacidad.**

2. **Cada Parte adoptará y aplicará, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales.”** (énfasis nuestro)



Sobre la base de este artículo del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, el artículo impugnado establece la prohibición de fumar en determinados lugares como los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, las dependencias públicas, los interiores de los lugares de trabajo, los espacios públicos cerrados y cualquier medio de transporte. En el presente escrito de contestación, demostraremos que esta medida legislativa no vulnera la Constitución ni los derechos fundamentales.

Así también, con relación a los espacios libres de humo, la parte demandante señala lo siguiente:

“9. Asimismo, destacamos que la misma Organización Panamericana de la Salud ha señalado que los espacios libres de humo son tan solo una propuesta:

‘Debido a la falta de protección que brindan las áreas donde hay secciones para los fumadores y los no fumadores, y en vista de que la repercusión de los entornos libres de humo de tabaco aumenta con el nivel de las restricciones, el modelo **propone** entornos libres de humos



de tabaco en todos los lugares públicos y lugares de trabajo. Aunque tal **propuesta** pueda parecer imposible de realizarse en algunas jurisdicciones, en realidad no es difícil lograrla.' [ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. "Desarrollo de Legislación para el control del tabaco. Modelo y guías", junio de 2002, p.35.]⁴⁵

Efectivamente, los **"espacios libres de humo"** son una propuesta de la Organización Panamericana de la Salud, pero debemos tener presente que constituyen un medio que no sólo es idóneo para reducir la exposición al humo de tabaco, sino también para reducir el consumo del mismo. Así pues, en la misma publicación citada por la parte demandante se señala lo siguiente:



"La comunidad científica está de acuerdo en que la exposición de los no fumadores al humo del tabaco causa graves daños y aun la muerte debido a una variedad de causas. También se sabe que no hay ningún umbral o nivel seguro conocido de exposición al humo del tabaco, y que la mera separación de los fumadores y los no fumadores dentro del mismo ambiente no protege a los no fumadores del daño, independientemente del sistema de ventilación utilizado. Por consiguiente, estrictamente desde el punto de vista de la protección sanitaria de los no fumadores, existe una razón importante para establecer entornos libres de humo de tabaco en todos los sectores que sea posible.

Sin embargo, otro de los beneficios de los entornos libres de humo de tabaco es que son una de las maneras más eficaces de reducir el tabaquismo. Los entornos libres de humo de tabaco promueven la prevención de la iniciación del tabaquismo al atacar el corazón de la aceptabilidad social del tabaco, y fomentan que los fumadores dejen de fumar más eficazmente que los propios esfuerzos dirigidos hacia los fumadores. Estudios realizados en los EE.UU. y Australia, que incluyen los estudios internos de la industria tabacalera, han atribuido entre 13 y 22% de las disminuciones en el consumo del tabaco en esos países en años recientes a la repercusión de los entornos libres humo de tabaco. (...)⁴⁶ (énfasis nuestro)

En lo que se refiere a los **"espacios libres de humo"**, la parte demandante también afirma que: **"en otros países partes del referido Convenio, se**

⁴⁵ Páginas 15 y 16 del escrito de demanda (Punto V "CONSIDERACIONES PREVIAS: FUMAR NO SE ENCUENTRA PROHIBIDO NI POR LA CONSTITUCIÓN, NI POR EL CONVENIO MARCO DE LA OMS PARA EL CONTROL DEL TABACO").

⁴⁶ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. "Desarrollo de Legislación para el control del tabaco. Modelo y guías", junio de 2002, p.34.



~~establecen únicamente limitaciones parciales” colocando como ejemplos a Chile, España, Paraguay y México. Sin embargo, debemos señalar que existen otros países partes como Canadá, Colombia, Guatemala, Panamá y Uruguay en los que “existe legislación sobre protección a la exposición al humo de tabaco ajeno que establece una prohibición de fumar en todos los lugares públicos y de trabajo cerrados, sin excepción”⁴⁷.~~

~~En consecuencia, tal como lo señala la parte demandante, ni la Constitución ni el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco establecen la prohibición de fumar. No obstante, teniendo en consideración las consecuencias del consumo de tabaco, puede establecerse una regulación que contemple medidas restrictivas (medios) para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud (finalidad constitucional).~~

VI. SOBRE LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD

Con relación a la libertad de fumar, la parte demandante sostiene lo siguiente:

“5. Como hemos visto, el Estado podría intervenir imponiendo restricciones a la libertad de las personas, siempre que éstas encuentren su sustento en los derechos de terceros (como lo es en el presente caso, el derecho a la salud de los no fumadores), y que se trate de restricciones razonables y proporcionales. Sin embargo, la NORMA CUESTIONADA afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que se les impide actuar su libertad de fumar, aún cuando ello no afecte de ninguna manera los derechos de los no fumadores. En efecto, y como hemos visto, la NORMA CUESTIONADA prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco en locales públicos cerrados, sin perjuicio que estos se encuentren destinados exclusivamente a fumadores (y donde labore personal fumador). Y además, prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco inclusive en las áreas abiertas de los establecimientos educativos exclusivos para adultos, aun cuando ambas opciones no afectan



⁴⁷ SANDOVAL, Rosa Carolina y Adriana BLANCO (Integrantes del Equipo de Control de Tabaco de la Organización Panamericana de la Salud). Estado de la implementación del Convenio Marco para el Control del Tabaco en la región de las Américas. En: <http://bvs.insp.mx/rsp/files/File/2010/suplemento%202%20vol%2052/19-OMS.pdf>



de ninguna manera los derechos fundamentales de los no fumadores.⁴⁸

Como podemos apreciar, en la demanda se sostiene que el artículo impugnado vulnera el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de las personas fumadoras, porque "se les impide actuar su libertad de fumar" en los establecimientos dedicados a la educación y en los espacios públicos cerrados. Al respecto, debemos señalar que estamos ante ciertas restricciones a la libertad de fumar. **Es importante destacar que dicho artículo no establece una prohibición absoluta de fumar, sólo establece la prohibición de fumar en determinados lugares, entre los cuales se encuentran los establecimientos dedicados a la educación y los espacios públicos cerrados. Estas restricciones han sido impuestas teniendo en consideración que el ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no está exento de límites, tal como se verá a continuación.**

El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no se encuentra reconocido, expresamente, en la actual Constitución como sí lo estuvo en la Constitución de 1979⁴⁹. Sin embargo, es considerado un derecho innominado o implícito, que comprende la libertad de actuación humana en el sentido más amplio. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

"46. Aun cuando el artículo 2, inciso 1, de la Constitución vigente, cuando menciona el derecho de la persona al 'libre desarrollo y bienestar' pudiera interpretarse como alusivo al libre desenvolvimiento de la personalidad, tal interpretación no sería del todo correcta ya que desarrollo y bienestar, dotan de un contenido o, al menos, de una orientación, en los que habría de interpretarse la libertad de actuación. Por el contrario, el objeto de protección de la libertad de actuación es la simple y llana conducta humana, desprovista de algún referente material que le otorgue algún sentido -desarrollo y bienestar-. Por ello, corresponde examinar si hay otra vía a efectos de considerarlo como un derecho conformante de nuestro ordenamiento constitucional.

47. **El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución).** En efecto, la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle



⁴⁸ Páginas 20-21 del escrito de demanda (Punto VI.1 "LA NORMA CUESTIONADA VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD").
⁴⁹ CONSTITUCIÓN DE 1979

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: 1.- A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. (...)" (énfasis nuestro)



también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad.

48. **El Tribunal Constitucional alemán, en el célebre caso Elfes, interpretar este clásico enunciado de la Ley Fundamental alemana, -la Constitución de ese país- en su artículo 2.1, entendiéndolo que el contenido o ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad comprende la 'libertad de actuación humana en el sentido más amplio', la 'libertad de actuación en sentido completo'. Se trata, entonces, de un 'derecho autónomo que garantiza la libertad general de actuación del hombre' y que no se confunde con la libertad de la actuación humana 'para determinados ámbitos de la vida' que la Constitución ha garantizado a través de específicos derechos fundamentales, tal como sería el caso de las libertades de expresión, trabajo, asociación, etc.**⁵⁰ (énfasis nuestro)

En consecuencia, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, como todo derecho no es absoluto por lo que debe ejercerse en armonía con los derechos fundamentales de otras personas y los bienes de relevancia constitucional⁵¹.

- a) **Sobre la afirmación de que el artículo impugnado vulnera el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los fumadores porque "prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco en locales públicos cerrados, sin perjuicio que estos se encuentren destinados exclusivamente a fumadores (y donde labore personal fumador)"**

⁵⁰ Sentencia recaída en el Expediente N° 00007-2006-PI/TC (Proceso de inconstitucionalidad promovido por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari contra las Ordenanzas números 212-2005 y 214-2005, expedidas por la Municipalidad de Miraflores, que establecen una restricción del horario de funcionamiento de los locales ubicados en las calles San Ramón y Figari, conocida como *Calle de las Pizzas*; y demás zonas de influencia, constituidas por la Av. Óscar Benavides (Diagonal) cuadras 3 y 4; calle Berlín, cuadras 1, 2 y 3 y calle Benavides, cuadras 1 y 2, del distrito de Miraflores.).

⁵¹ Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00007-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

"49. En el caso concreto, los concurrentes a los establecimientos comerciales de la zona de la *Calle de las Pizzas*, tales como discotecas, pubs, karaokes, etc., en suma, los actos de esparcimiento o de mera diversión de las personas que concurren a estos lugares constituyen conductas que se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. (...)

50. (...) Pero, como todo derecho, él no es absoluto y su ejercicio debe guardar armonía con los derechos fundamentales de otras personas y, desde luego, con un bien de relevancia constitucional de significativa entidad como es el orden público. Se trata, en suma, de que su ejercicio deba satisfacer el principio de *concordancia práctica*." (énfasis nuestro)



Con relación a este punto, la parte demandante sostiene lo siguiente:

"7. (...) el Estado no puede intervenir sancionando a las personas que en el marco de su autonomía han decidido libremente fumar en lugares acondicionados exclusivamente para ello. Obviamente, nos referimos a personas adultas y no a menores de edad. [énfasis nuestro]

Un criterio importante fue desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia N° C-221/94, cuando declaró inconstitucionales las normas que penalizaban el consumo de drogas. En tal ocasión estableció que:

'La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige (...)'⁵²



Como podemos apreciar, en la demanda se afirma que "el Estado no puede intervenir sancionando a las personas que en el marco de su autonomía han decidido libremente fumar en lugares acondicionados exclusivamente para ello". ~~Estamos de acuerdo con el demandante, quien olvida que el artículo impugnado no establece sanción alguna a los fumadores, sólo prohíbe fumar en determinados lugares (los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, las dependencias públicas, los interiores de los lugares de trabajo, los espacios públicos cerrados y cualquier medio de transporte). Por~~

⁵² Páginas 21-22 del escrito de demanda (Punto VI.1 "LA NORMA CUESTIONADA VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD").



eso, resulta equivocado el razonamiento de la parte demandante cuando cita la Sentencia C-221/94 de la Corte Constitucional de Colombia, que declara inconstitucional una norma que penaliza el consumo de drogas⁵³, debido a que **dicho caso no se puede asimilar al presente proceso, porque el artículo impugnado no penaliza el consumo de tabaco.**

Asimismo, con relación a la **libertad de fumar en lugares acondicionados exclusivamente para ello**, la parte demandante señala lo siguiente:

"7. (...), puede justificarse una restricción a los derechos de las personas fumadoras cuando su ejercicio afecta los derechos de las personas no fumadoras. Sin embargo, ello no tiene asidero cuando las personas fumadoras deciden libremente concurrir a un lugar al que sólo asisten –igualmente, por decisión voluntaria– otras personas fumadoras. En ese supuesto, no se afectan derechos de los no fumadores y por tanto una intervención del Estado carece de justificación, de lo contrario el Estado estaría imponiendo una conducta que estima 'positiva' –no fumar– negando la decisión voluntaria de adoptar una conducta distinta, o lo que es igual la autonomía que se le ha reconocido.

8. De tal manera, en el marco del libre desarrollo de la personalidad, se puede optar legítimamente por consumir tabaco –un producto legal– o no hacerlo; es decir, fumar o no fumar; acudiendo a locales privados de acceso exclusivo para fumadores, o acondicionados específicamente para ello. No obstante, la NORMA CUESTIONADA, impide tal posibilidad, adoptando una decisión que solo corresponde a las personas, en tanto seres humanos con capacidad de razonar y autodeterminar libremente su conducta, pueden acudir a un establecimiento especialmente acondicionado para el consumo de tabaco.

9. Nos preguntamos, si el tabaco es un producto legal, **¿por qué las personas que optan por fumar no pueden contar con**



⁵³ LEY 30 DE 1986

"Artículo 51. El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta ley, incurrirá en las siguientes sanciones:

a) **Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual.**

b) **Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero.**

c) **El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez, será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto.**

(...)" (énfasis nuestro)



un ambiente especialmente acondicionado para ello, como sería un bar exclusivamente para fumadores?

El Estado en este caso está tratando de imponer su juicio de valor sobre el consumo del tabaco; y tal sentido, la NORMA CUESTIONADA establece un marco regulatorio que busca evitar que los ciudadanos ejerzan su derecho a elegir, su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

En efecto si una persona ha decidido consumir tabaco de forma libre, y con el conocimiento pleno de las consecuencias de su decisión, ¿por qué el Estado tiene que sancionar esa elección y obligándolo a consumir este producto en las peores condiciones posibles, bajo el argumento de que con ello se protege el derecho de los no fumadores? No existe razón para ello. La convivencia en sociedad implica la obligación de respetar los intereses y derechos de los demás, siendo el Estado el llamado a garantizar el ejercicio de las libertades personales. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC N° 00850-2008-AA/TC, refiriéndose a la regulación del consumo de bebidas alcohólicas (otro de los denominados tóxicos sociales), el Estado no debe imponer modelos o de decidir que es malo o bueno para cada persona, su principal cometido es el de encarnar el consenso jurídico, garantizando el respeto al marco constitucional vigente.⁵⁴ (énfasis con negritas es nuestro)



~~Como podemos notar, en la demanda se pregunta: "¿por qué las personas que optan por fumar no pueden contar con un ambiente especialmente acondicionado para ello, como sería un bar exclusivamente para fumadores?". Al respecto, debemos reiterar que el artículo impugnado prohíbe fumar en los interiores de los lugares de trabajo. Por lo que un ambiente especialmente acondicionado para fumar como sería un bar exclusivamente para fumadores constituiría una excepción a dicha prohibición. Tal como hemos señalado anteriormente, en este supuesto los trabajadores estarían expuestos a las consecuencias del tabaquismo, más aún en el caso de los trabajadores fumadores, pues ya no sólo estarían expuestos en los momentos que deciden fumar (consumo del tabaco), sino también en los momentos que no pueden hacerlo por estar trabajando (exposición a humo de tabaco). De manera que en "un ambiente especialmente acondicionado" para fumar como sería un bar exclusivamente para fumadores, las personas fumadoras no estarían ejerciendo su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (al fumar) en armonía con el derecho a la salud de los trabajadores de dicho lugar, aún cuando se trate de "personal fumador".~~

⁵⁴ Páginas 22-23 del escrito de demanda (Punto VI.1 "LA NORMA CUESTIONADA VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD").



Asimismo, la parte demandante señala que **“si una persona ha decidido consumir tabaco de forma libre, y con el conocimiento pleno de las consecuencias de su decisión, ¿por qué el Estado tiene que sancionar esa elección y obligándolo a consumir este producto en las peores condiciones posibles, bajo el argumento de que con ello se protege el derecho de los no fumadores?”**. ~~Al respecto, debemos reiterar que el Estado no impone una sanción a quienes deciden fumar, sólo establece una prohibición de fumar en determinados lugares (los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, las dependencias públicas, los interiores de los lugares de trabajo, los espacios públicos cerrados y cualquier medio de transporte).~~

- b) **Sobre la afirmación de que el artículo impugnado vulnera el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los fumadores porque “prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco inclusive en las áreas abiertas de los establecimientos educativos exclusivos para adultos”.**

En el punto IV escrito de demanda (ALCANCES DE LA NORMA IMPUGNADA) aparece como interrogante **“¿por qué impedir a las personas adultas el consumo de tabaco en una universidad donde cuentan con amplios espacios abiertos, donde no se afecten los derechos de los terceros?”**. Sobre el particular, efectuamos un análisis que nos llevó a concluir que ~~resulta contradictorio que se permita la realización de un acto (consumo de tabaco), que trae devastadoras consecuencias para la salud humana, en un lugar (centro educativo universitario) que está dedicado a prestar un servicio público (educación) que tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana y proporcionarle conocimientos para lograr una mayor calidad de vida.~~ Esto resulta aplicable al presente punto, pero además debemos agregar que todos los establecimientos educativos, aún los escasos que son exclusivos para adultos, deben orientarse a la consolidación del desarrollo integral de la persona humana. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“La función social de la educación se encuentra cifrada en los artículos 13° y 14° de la Constitución, al integrar en ella la finalidad que le es consubstancial en un Estado democrático y social de derecho; a saber, el desarrollo integral de la persona humana, promoviendo el conocimiento, el aprendizaje, la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte; todo ello encauzado en el fomento de la solidaridad, la ética y el civismo, y bajo los principios y valores que emanan de la propia Constitución y se proyectan hacia la sociedad en su conjunto.





*Toda entidad educativa debe orientarse hacia la consolidación de dichos fines, los que determinan, por un lado, las libertades en las que debe desarrollarse la difusión del conocimiento y, por otro, los límites en el obrar de los centros educativos.*⁵⁵ (énfasis nuestro)

Resulta coherente que los establecimientos dedicados a la educación (los cuales deben orientarse a la consolidación del desarrollo integral de la persona humana) sean "ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco", para contribuir a la reducción del consumo de tabaco y a la protección contra la exposición al humo de tabaco, con lo cual se previenen enfermedades y, por ende, se garantiza la plena vigencia del derecho a la salud. En tal sentido, estamos ante una limitación razonable del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad para garantizar la plena vigencia de otro derecho fundamental (derecho a la salud).

Por lo expuesto anteriormente, podemos concluir que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los fumadores debe ejercerse en armonía con otros derechos fundamentales, como el derecho a la salud.

Finalmente, con relación a la supuesta vulneración del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (que comprende la libertad de actuación humana en el sentido más amplio) en el escrito de demanda se hace referencia a la libertad de las personas de actuar en la vida económica del país. Así pues, se señala lo siguiente:

"6. Esta injerencia del Estado se traduce también en el ejercicio de la libertad de las personas de actuar en la vida económica del país, impidiéndoles abrir cualquier establecimiento cerrado (sea por ejemplo un bar, café, pub, discoteca, etc.) exclusivo para fumadores, donde concurren únicamente las personas que deseen ejercer su derecho a fumar libremente. En dicho caso no existe una afectación a los derechos de terceros; por el contrario, se trata de la decisión voluntaria de determinadas personas de agruparse para fumar. Y siempre que estas personas han optado libremente por hacerlo, no pueden verse afectadas en sus derechos por la NORMA CUESTIONADA, que establece una prohibición absoluta."⁵⁶ (énfasis nuestro)



⁵⁵ Fundamento jurídico 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2004-AI/TC (Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Undécima Disposición Complementaria de la Ley N° 28044, Ley General de Educación, y la Novena Disposición Final de la Ley N° 28128, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2004).

⁵⁶ Páginas 20-21 del escrito de demanda (Punto VI.1 "LA NORMA CUESTIONADA VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD").



En este punto, debemos precisar que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, en lo que se refiere a la libertad de las personas para actuar en la vida económica del país, debe ejercerse en armonía con el derecho a la salud de los trabajadores de *“cualquier establecimiento cerrado (sea por ejemplo un bar, café, pub, discoteca, etc.) exclusivo para fumadores”*.

Por lo expuesto anteriormente, podemos concluir que ~~el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los fumadores y de las personas que deseen “abrir cualquier establecimiento cerrado (sea por ejemplo un bar, café, pub, discoteca, etc.) exclusivo para fumadores” debe ser ejercido en armonía con los derechos fundamentales de las otras personas que resultan involucradas (trabajadores y estudiantes).~~

VII. SOBRE LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE INICIATIVA PRIVADA Y A LA LIBERTAD DE EMPRESA

Al respecto, la parte demandante sostiene lo siguiente:

“3. La NORMA CUESTIONADA afecta de manera manifiesta los derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa, toda vez que establece una prohibición absoluta de contar con establecimientos exclusivos para fumadores, sin que exista una razón objetiva de por medio. Además, la NORMA CUESTIONADA constituye una barrera de acceso que limita el derecho a la libertad de empresa.

Si la finalidad es proteger los derechos de los no fumadores y de los trabajadores bastaría con imponer una medida que garantice sus derechos –como ya lo hacía la norma al permitir la existencia de áreas para fumadores especialmente acondicionadas, tomando como referencia el Reglamento sobre Valores Límite Permisibles para Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo– **sin prohibir la creación de este tipo de lugares sólo para personas fumadoras**, por el contrario se opta por la alternativa más restrictiva de los derechos de los fumadores, siendo por ende inconstitucional.”⁵⁷



Como podemos apreciar, en la demanda se afirma que el artículo impugnado **“afecta de manera manifiesta los derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa, toda vez que establece una prohibición absoluta de contar con establecimientos exclusivos para fumadores, sin que exista**

⁵⁷ Página 25 del escrito de demanda (Punto VI literal B “LA NORMA CUESTIONADA VULNERA EL DERECHO A LA LIBRE INICIATIVA PRIVADA Y A LA LIBERTAD DE EMPRESA”).



una razón objetiva de por medio". Al respecto, debemos sostener tanto la "libre iniciativa privada" como la "libertad de empresa" no se ejercen de manera irrestricta.

El artículo 58° de la Constitución establece que "La iniciativa privada es libre". Sin embargo, con relación a su ejercicio, debemos tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

~~"La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico, vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como "privativo" de la autodeterminación de los particulares."~~⁵⁸ (énfasis nuestro)

Por su parte, el artículo 59° de la Constitución señala que ~~"El Estado (...) garantiza (...) la libertad de empresa (...), pero también precisa que el ejercicio de esta libertad no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas"~~. Sobre estos límites, el Tribunal Constitucional sostiene lo siguiente:

"Cuando el artículo 59 de la Constitución señala que el ejercicio de la libertad de empresa

'no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas',

no está haciendo otra cosa que precisar los límites dentro de los cuales este derecho es ejercido de acuerdo a ley. Claro está que estos límites son enunciativos y no taxativos, pues la protección correcta debe surgir de un principio constitucional como es la dignidad de la persona humana, el mismo que se encuentra recogido en los artículos 1 y 3 de la Constitución, y que se convierte en

'un principio constitucional portador de valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres' [FERNÁNDEZ SEGADO].

(...)

Así, **el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo la salud y la seguridad de las**



⁵⁸ Fundamento jurídico 18 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00008-2003-AI/TC (Proceso de inconstitucionalidad promovido por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001).



*personas. Consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.*⁵⁹
(énfasis nuestro)

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

VIII. SOBRE LA SUPUESTA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

Al respecto, la parte demandante sostiene lo siguiente:

“1. Como hemos visto, la **NORMA CUESTIONADA** introdujo una prohibición absoluta para fumar en todos los espacios públicos cerrados del país, así como en áreas abiertas de los centros educativos. Para determinar la validez de dicha norma debe efectuarse un ejercicio de interpretación constitucional a fin de evaluar si la ingerencia del legislador en los derechos de las personas constituye una intromisión arbitraria.

2. En estos casos para resolver el conflicto que se presenta entre los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, libre iniciativa privada y libertad de empresa; y el derecho a la salud de los no fumadores, es preciso llevar a cabo un juicio de ponderación, que también suele denominarse ‘razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad’.
(...)

3. Así, resulta indispensable acudir a los criterios de interpretación utilizados por vuestro Tribunal Constitucional, el cual acogiendo lo desarrollado por otros tribunales similares y la doctrina, se refiere al ‘test de razonabilidad’ señalando que contiene tres subprincipios: idoneidad o adecuación; necesidad y proporcionalidad *strictu sensu* (Exp. N° 0048-2004-PI/TC, F.J. 65).
(...)”⁶⁰ (énfasis nuestro)



⁵⁹ Fundamento jurídico 32 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03330-2004-AA/TC (Caso “Ludeminio Loja Mori”).

⁶⁰ Páginas 25-26 del escrito de demanda (Punto VII “LA NORMA CUESTIONADA NO RESPETA LOS DERECHOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD: ES NECESARIO QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERVENGA EFECTUANDO UNA ADECUADA PONDERACIÓN CON EL DERECHO A LA SALUD”).



Como podemos notar, en la demanda se sostiene que la medida impugnada (prohibición de fumar en los establecimientos dedicados a la educación y en los espacios públicos cerrados) debe ser sometida a un test de "razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad", el cual contiene tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

a) Respecto a la afirmación de que la norma cuestionada no supera el subprincipio de idoneidad

Sobre la base de lo señalado por el Tribunal Constitucional, de acuerdo al subprincipio de idoneidad *"toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada."*⁶¹ En tal sentido, la medida establecida en el artículo impugnado (prohibición de fumar en los establecimientos dedicados a la educación y en los espacios públicos cerrados) debe ser idónea o capaz para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

Con relación al **fin constitucionalmente legítimo de la medida utilizada**, la parte demandante sostiene lo siguiente:

"6. Como hemos visto en el punto IV.1 de la presente demanda, la **NORMA CUESTIONADA** se ha tratado de justificar bajo la premisa que la norma anterior era insuficiente; que la reforma aprobada es la única medida efectiva para proteger la salud de las personas no fumadoras y del personal que atiende (por ejemplo, los trabajadores); que es la única forma de eliminar los tóxicos y evitar la contaminación causada por el humo del tabaco; y que además ella se adecua a lo previsto por el artículo 8° del '**Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco**'.

Sin embargo, resaltamos que no todas las razones que motivan la NORMA CUESTIONADA constituyen fines constitucionales legítimos. En principio, resaltamos que la **NORMA CUESTIONADA no puede tener como finalidad la eliminación de los tóxicos del tabaco**, en tanto que el consumo de tóxicos sociales, como lo es el tabaco, se encuentra expresamente permitido por el artículo 8° de nuestra Constitución. Así las cosas,



⁶¹ Fundamento jurídico 65 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-PI/TC (Proceso de inconstitucionalidad promovido por José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley N° 28258, Ley de Regalía Minera, sus modificatorias y las demás normas que por conexión sean materia de la causa.).



la finalidad de la NORMA CUESTIONADA no puede ser una que contravenga lo expresamente dispuesto por la Constitución. De igual modo, **tampoco puede justificarse la NORMA CUESTIONADA en el cumplimiento del 'Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco'**, ello porque al ostentar rango legal, el referido Convenio debe ajustarse a lo establecido por la Constitución, la que permite el consumo del tabaco. En el mismo sentido, el mismo Convenio establece su adecuación a la legislación nacional. Pero, más aún, porque el referido Convenio no establece una prohibición de fumar, o impone la obligación de los Estados parte de establecer una política 100% libre de humo; sino que tan solo establece la obligación del Estado de adoptar medidas que permitan reducir el consumo y la exposición al humo del tabaco.



En tal sentido, tenemos que el fundamento central de la NORMA CUESTIONADA es proteger el derecho a la salud de los no fumadores, reconocido por el artículo 7º de la Constitución.⁶² (énfasis con negritas es nuestro)

En este punto es importante precisar que la medida impugnada contiene dos aspectos: 1) *la prohibición de fumar en los establecimientos dedicados a la educación; y 2) la prohibición de fumar en los espacios públicos cerrados*. No obstante, el argumento de la parte demandante sólo se centra en el segundo aspecto, pues sólo se refiere a *"las razones centrales que motivaron la reforma, en el sentido de establecer que todos los locales públicos y privados cerrados (incluso aquellos destinados al entretenimiento), sean ambientes 100% libres de humo de tabaco"* (Numeral 6 del Punto IV.1 "Sobre las razones que motivaron la NORMA CUESTIONADA").

Sobre la base de lo que hemos desarrollado anteriormente, podemos sostener que el fin constitucionalmente legítimo de la medida utilizada es garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pero no sólo de los no fumadores, como lo entiende la parte demandante, sino también de los fumadores.

El artículo 44º de la Constitución establece que, entre los deberes primordiales del Estado, se encuentra el de *"garantizar la plena vigencia de los derechos humanos"*, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud, reconocido en la Constitución (artículo 7º) y en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12º), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24º) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (artículo 10º).

⁶² Páginas 27-28 del escrito de demanda (Punto VII.1 "La NORMA CUESTIONADA no supera el subprincipio de idoneidad").



Es realmente urgente que el Estado cumpla su deber primordial de garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, ante "la propagación de la epidemia de tabaquismo" que trae devastadoras consecuencias. Así tenemos que, según la Organización Mundial de la Salud⁶³, el consumo de tabaco es causa de cáncer (de laringe, bucofaríngeo, esofágico, de traquea, bronquios o pulmones, leucemia mieloide aguda, de estómago, de páncreas, de riñones y uréter, de colon, de cuello del útero, de vejiga) y de enfermedades crónicas (apoplejía, ceguera, cataratas, periodontitis, aneurisma aórtico, cardiopatía coronaria, neumonía, enfermedad vascular periférica, aterosclerótica, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, asma y otros efectos respiratorios, fracturas de cadera) efectos en el aparato reproductor de la mujer inclusive reducción de la fecundidad, mientras que la exposición al humo de tabaco (humo de segunda mano) produce diversas enfermedades en niños (enfermedades del oído medio, síntomas respiratorios, deficiencia pulmonar, síndrome de muerte súbita del lactante, enfermedades de las vías respiratorias inferiores) y en adultos (irritación nasal, cardiopatía coronaria, cáncer de pulmón, efectos en el aparato reproductor de la mujer, hijos con insuficiencia ponderal al nacer).

Con relación a la idoneidad de la medida utilizada, la parte demandante sostiene lo siguiente:

7. A modo de ejemplo, podemos afirmar que la anterior redacción del artículo 3° de la Ley N° 28705 podía considerarse coherente con el objetivo de proteger a los no fumadores de la exposición al humo del tabaco, protegiendo de esta manera su derecho a la salud. Ello porque la referida norma permitía la existencia de áreas de fumadores en espacios públicos cerrados, siempre que éstas se encuentren debidamente separadas de las áreas donde se prohíbe fumar. Así, se estableció un equilibrio razonable que permitía a las personas no fumadoras protegerse de la exposición del humo del tabaco, protegiendo su derecho a la salud; sin establecer una prohibición absoluta de fumar en todo tipo de establecimientos comerciales.

8. No obstante, la NORMA CUESTIONADA establece una PROHIBICIÓN ABSOLUTA, que impide la existencia de locales exclusivos para fumadores donde únicamente trabaje personal fumador. Además, establece una prohibición a las personas adultas para fumar en áreas abiertas de los centros educativos.

Esta no constituye una medida idónea para garantizar el derecho a la salud de los no fumadores. Ello porque lo que



⁶³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Informe OMS sobre la Epidemia Mundial de Tabaquismo, 2008. Plan de Medidas MPOWER. p. 11. En: [http://www.who.int/tobacco/mpower/mpower SP.FINAL%20COVER%20AND%20TEXT.pdf](http://www.who.int/tobacco/mpower/mpower_SP.FINAL%20COVER%20AND%20TEXT.pdf)



discutimos es la posibilidad de existencia de locales exclusivamente para fumadores, donde labore personal que fume, por lo que los no fumadores no se encontrarían expuestos al humo del tabaco.

Asimismo, no resulta idóneo para proteger el derecho a la salud de los no fumadores, la prohibición de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos (para personas adultas), puesto que en dicho supuesto, al encontrarse al aire libre, los no fumadores no se encuentran expuestos al humo del tabaco, y por tanto su derecho a la salud no se encuentra comprometido.

Así las cosas, resulta evidente que la NORMA CUESTIONADA no resulta idónea para proteger el derecho a la salud de los no fumadores.⁶⁴ (énfasis sólo con negritas es nuestro)

Sobre el particular, debemos señalar que entre las medidas (medios) que el Estado debe adoptar para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud (finalidad constitucional), se encuentran aquellas que son indispensables para la prevención de enfermedades, de acuerdo a lo establecido en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁵ (Sistema Universal) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"⁶⁶ (Sistema Interamericano).

La medida impugnada (prohibición de fumar en los establecimientos dedicados a la educación y en los espacios públicos cerrados) resulta indispensable para la prevención de enfermedades causadas por el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco. En efecto, la referida medida establece que los establecimientos dedicados a la educación y los espacios públicos cerrados son ambientes ciento por ciento libres de humo, lo cual constituye un medio idóneo para la reducción del consumo de

⁶⁴ Páginas 28-29 del escrito de demanda (Punto VII.1 "LA NORMA CUESTIONADA no supera el subprincipio de idoneidad").

⁶⁵ **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**
"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. 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 prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; (...)" (énfasis nuestro)

⁶⁶ **PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR"**
"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. (...)" (énfasis nuestro)



~~tabaco y la protección contra la exposición al humo de tabaco.~~ Al respecto, la Organización Mundial de la Salud señala lo siguiente:



“Irlanda presenta pruebas firmes de los efectos sanitarios positivos de los ambientes libres de humo de tabaco. Tras la aplicación en 2004 de una legislación sobre ambientes sin humo de tabaco en el país, las concentraciones de nicotina en el aire ambiente disminuyeron un 83% y la exposición de los trabajadores de bares al humo de segunda mano disminuyó de 30 horas por semana a cero.

Los ambientes sin humo también ayudan a los fumadores que quieren dejar de fumar. Las leyes sobre lugares de trabajo sin humo permiten reducir un 4% la prevalencia absoluta de tabaquismo. Las políticas sobre lugares de trabajo sin humo en varios países industrializados han permitido reducir como promedio un 29% el consumo total de tabaco entre los trabajadores.

La legislación por la cual no se permite fumar en los lugares públicos también alienta a las familias a mantener libre de humo la propia vivienda, y ello permite proteger a los niños y otros familiares de los peligros del humo de segunda mano. Incluso los fumadores tenderán a abstenerse voluntariamente de fumar en la propia casa una vez promulgada la legislación sobre lugares completamente libres de humo de tabaco.⁶⁷
(énfasis nuestro)

Como podemos apreciar, la medida impugnada no promueve el aumento del consumo de tabaco en los hogares de los fumadores, como lo entiende la parte demandante al sostener lo siguiente:

“(…) prohibiendo el consumo de tabaco en lugares exclusivamente para fumadores, de acceso al público o restringido, se está promoviendo de forma indirecta que aumente el consumo en los hogares de los fumadores, único espacio que les quedará para su consumo. En este contexto, ¿quién va a proteger al resto de los habitantes del hogar de la exposición al humo del tabaco? Los niños y niñas de padres o hermanos que fuman recibirán de forma directa el humo que se emana al consumirlo. Peor aún, es lógico suponer que un niño o niña que ve a sus padres o hermanos fumar, tendrá más posibilidades de convertirse en fumador, por imitación del modelo. En suma, se logra todo lo contrario a lo buscado,

⁶⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Informe OMS sobre la Epidemia Mundial de Tabaquismo, 2008. Plan de Medidas MPOWER. pp. 25-26. En: [http://www.who.int/tobacco/mpower/mpower SP.FINAL%20COVER%20AND%20TEXT.pdf](http://www.who.int/tobacco/mpower/mpower_SP.FINAL%20COVER%20AND%20TEXT.pdf)



194



se aumenta la exposición de los menores de edad al humo de tabaco y se incentiva su consumo.

Al parecer el legislador no se ha percatado que el domicilio no es el lugar más adecuado para consumir tabaco, para ello deben existir establecimientos privados de acceso público o restringido exclusivos para fumadores, con mecanismos de extracción que mantengan los contaminantes por debajo de los límites máximos permisibles para centros de trabajo —que se encuentran aprobados por el Ministerio de Salud—; protegiendo de esta forma a los menores y a los no fumadores, sin limitar innecesariamente los derechos de unos y otros.⁶⁸ (énfasis nuestro)

Sobre el particular, es preciso enfatizar que lo que sostiene la parte demandante, sin pruebas que la respalden, contradice lo señalado por la Organización Mundial de la Salud, **No es posible sostener, tal como lo hace la parte demandante, que con la medida impugnada en los hogares "se aumenta la exposición de los menores de edad al humo de tabaco y se incentiva su consumo", pues según el referido organismo el efecto sería, precisamente, el opuesto.**

La medida impugnada no solo resulta idónea para proteger contra la exposición al humo de tabaco, sino también para reducir el consumo de tabaco. En efecto, con relación a los ambientes ciento por ciento libres de humo, la Organización Panamericana de la Salud⁶⁹ (en la misma línea de lo señalado por la Organización Mundial de la Salud) sostiene que "son una de las maneras más eficaces de reducir el tabaquismo", debido a que "promueven la prevención de la iniciación del tabaquismo al atacar el corazón de la aceptabilidad social del tabaco, y fomentan que los fumadores dejen de fumar más eficazmente que los propios esfuerzos dirigidos hacia los fumadores".

También es posible sostener que la medida impugnada es idónea para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pues los recursos que actualmente se destinan para el tratamiento de enfermedades generadas por el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco podrían ser utilizados para que, de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado pueda "a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable

⁶⁸ Páginas 36-37 del escrito de demanda (Punto VII.3 "La NORMA CUESTIONADA no supera el subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*").

⁶⁹ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. "Desarrollo de Legislación para el control del tabaco. Modelo y guías", junio de 2002, p.34.



salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.”⁷⁰

En el mismo sentido, ~~podemos sostener que la medida impugnada es idónea para coadyuvar a que, de conformidad con otros instrumentos de protección de los derechos humanos, el Estado pueda garantizar la plena vigencia del derecho a la salud (utilizando los recursos que ya no se usaran para tratar enfermedades causadas por el consumo de tabaco o la exposición al humo de tabaco) a través de~~ “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.”⁷¹ Así como, mediante “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; (...) 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.”⁷²

En efecto, ~~la medida impugnada (prohibición de fumar en los establecimientos dedicados a la educación y en los espacios públicos cerrados) es idónea para lograr la prevención de enfermedades causadas por el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco. Por lo tanto, traerá como consecuencia que el Estado ahorre recursos en el tratamiento de tales enfermedades, los cuales podrán ser empleados en todas aquellas acciones que, de acuerdo a lo establecido en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, están encaminadas a garantizar la plena vigencia del derecho a la salud. Sobre el particular, debemos resaltar que, según el Ministerio de Salud, el acceso universal a la salud empieza por la prevención, por lo que si se logra que 380,000 pacientes dejen de fumar en los próximos años, el~~

⁷⁰ Artículo 24.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁷¹ Artículo 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁷² Artículo 10.2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.





~~presupuesto ahorrado podrá ser dirigido a otros problemas de salud pública~~⁷³.

Por lo expuesto anteriormente, podemos concluir que la medida impugnada resulta idónea para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pues resulta indispensable para la prevención de enfermedades causadas por el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco.

b) Respecto a la afirmación de que la norma cuestionada no supera el subprincipio de necesidad

Según el Tribunal Constitucional, *"para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental."*⁷⁴

En tal sentido, sólo se puede afirmar que la medida impugnada no supera el subprincipio de necesidad si encontramos otra medida que, a la vez, tenga dos características: **1) idónea para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud;** y **2) más benigna con los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa.**

Según la parte demandante, la medida establecida en la versión original del artículo 3° de la Ley N° 28705 tenía esas dos características. Sobre el particular, señala lo siguiente:

11. Como hemos visto, una de las razones que se han utilizado para justificar la NORMA CUESTIONADA es que el artículo 3° original de la Ley N° 28705 resultaba insuficiente. Sin embargo, ello no es cierto; por el contrario, consideramos que la legislación anterior constituye una medida idónea, menos restrictiva de los derechos de los fumadores.

En efecto, lo dispuesto por el artículo 3° original de la Ley N° 28705, complementada con lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 001-2010-SA constituye **una medida idónea para la protección del derecho fundamental a la salud de los no fumadores; que restringe en menor medida el derecho a la libertad de quienes han optado por el consumo del tabaco, y los derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa**



⁷³ En: ftp://ftp2.minsa.gob.pe/descargas/ogc/especiales/2007/tabaco/ponencia_final.pdf

⁷⁴ Fundamento jurídico.65 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-PI/TC.



de quienes han optado por desarrollar actividades económicas dirigidas a los fumadores. Ello porque, permitía el consumo de tabaco en espacios abiertos; y en espacios públicos cerrados de manera restringida. Para este último caso, establecía que el 90% del establecimiento debía ser completamente libre de tabaco. Sin embargo, permitía acondicionar un área no mayor del 10% del local, para fumadores; la cual debía encontrarse separada del área de no fumadores, y contar mecanismos adecuados de ventilación y extracción de humo, los que impedían la contaminación del área de no fumadores y de los locales aledaños. Además, el área de fumadores debía encontrarse dentro de los valores máximos permisibles para sustancias tóxicas.

A propósito de ello resaltamos que **no es cierto que lo dispuesto por la legislación anterior haya sido insuficiente para proteger el derecho a la salud de los no fumadores. Lo cierto es que la regulación de las áreas de fumadores ha sido modificada continuamente**, lo que no ha permitido evaluar el impacto de la regulación, o llevar a cabo una verdadera fiscalización de su cumplimiento por parte del Estado.

En efecto, si bien el artículo 3º original de la Ley N° 28705 establecía la posibilidad de consignar áreas designadas para fumadores en los locales, éstas eran reguladas mediante Decreto Supremo. Así, **mediante Decreto Supremo N° 015-2008-SA de julio de 2008, se estableció la posibilidad de contar con áreas del 20% para fumadores, y su adecuación se dispuso para enero de 2009.** Tan solo un año después, en enero de 2010, se publicó el Decreto Supremo N° 001-2010-SA que redujo al 10% los espacios para fumadores, estableciendo mayores restricciones (referidas a extractores de humo, etc.). Y tan solo cuatro meses después, en abril de 2010 se publicó la Ley N° 29517 que prohibió los espacios públicos cerrados, declarando todos los espacios 100% libres de humo. Es decir que, **tan solo hubo cuatro meses para evaluar la idoneidad de la medida dispuesta por el artículo 3º original de la Ley N° 28705, reglamentada mediante Decreto Supremo N° 001-2010-SA; por lo que no puede argumentarse que dicha medida no resultaba suficiente.**

Asimismo, destacamos que en dicho periodo de tiempo el Estado no ha realizado los esfuerzos necesarios para que se cumplan las medidas establecidas; ejerciendo sus facultades de fiscalización. De esta manera, restringir el marco regulatorio únicamente porque las municipalidades no han fiscalizado su cumplimiento sería hacer responsable a los administrados por las limitaciones de la administración, afectándose con ello los derechos al libre





desenvolvimiento de la personalidad, libre iniciativa privada y libertad de empresa.⁷⁵ (énfasis con negritas es nuestro)

Como podemos notar, se sostiene que la versión original del artículo 3° de la Ley N° 28705 establecía una medida idónea para la protección del derecho a la salud de los no fumadores, que resultaba menos restrictiva de los derechos de los fumadores (derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad) y de "quienes han optado por desarrollar actividades económicas dirigidas a los fumadores" (libre iniciativa privada y libertad de empresa), pues "permitía el consumo de tabaco en espacios abiertos; y en espacios públicos cerrados de manera restringida".

Al respecto, debemos precisar que **entre la medida establecida en la versión original del artículo 3° de la Ley N° 28705 y la medida impugnada sólo se puede apreciar un cambio en la regulación del consumo tabaco en espacios públicos cerrados, mas no en lo concerniente al consumo de tabaco en los espacios abiertos, como veremos a continuación.**

La versión original del artículo 3° de la Ley N° 28705 establecía la prohibición de fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas y en cualquier medio de transporte, pero permitía la habilitación de "áreas designadas para fumadores" en determinados lugares (centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares y otros centros de entretenimiento). Por su parte, el artículo impugnado establece la prohibición de fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y cualquier medio de transporte, sin admitir la habilitación de "áreas designadas para fumadores" en ciertos lugares.

~~La medida que establecía la versión original del artículo 3° no resultaba idónea para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pues permitía la habilitación de "áreas designadas para fumadores" en determinados lugares. En efecto, la Organización Mundial de la Salud afirma que la prohibición absoluta de fumar en todos los ambientes interiores es la única intervención que permite proteger eficazmente a las personas de los daños acarreados por el humo de segunda mano.⁷⁶ En ese mismo sentido la Organización Panamericana de la Salud sostiene que desde el punto de vista de la protección sanitaria de los no fumadores, existe una razón importante para establecer entornos libres de humo de tabaco en todos los sectores que~~

⁷⁵ Páginas 30-31 del escrito de demanda (Punto VII.2 "La NORMA CUESTIONADA no supera el subprincipio de necesidad").

⁷⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Informe OMS sobre la Epidemia Mundial de Tabaquismo, 2008. Plan de Medidas MPOWER. p. 26. En: <http://www.who.int/tobacco/mpower/mpower SP.FINAL%20COVER%20AND%20TEXT.pdf>





199

~~sea posible~~⁷⁷. En consecuencia, la referida medida no puede ser considerada como una alternativa en el presente caso.

Asimismo, la parte demandante considera como una alternativa a la medida consistente en fortalecer los mecanismos e instituciones encargadas de la vigilancia y cumplimiento de la ley. Al respecto, sostiene lo siguiente:

"12. En vez de plantear prohibiciones legales absolutas, que además en la práctica no suelen ser eficaces, **resulta mucho más acertado fortalecer los mecanismos e instituciones encargadas de la vigilancia y cumplimiento de la ley.** Tal vez se pueda pensar que la lógica detrás de la actual redacción del artículo 3° de la Ley parte de un problema de fiscalización de parte de las autoridades. Ello, toda vez que la norma anterior implicaba la obligación de monitorear el cumplimiento de medidas de control del humo o provisión del espacio designado para los fumadores. Al final del día lo único que se logra haciendo prohibitiva la regulación es generar informalidad, lo que afecta tanto a fumadores como no fumadores.

Las consecuencias del problema en la fiscalización se trasladan a los administrados (en este caso a los fumadores), a quienes se restringen sus derechos de forma desproporcionada con una regulación prohibitiva. Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC 00850-2008-AA/TC, refiriéndose a la regulación del consumo de bebidas alcohólicas (otro de los denominados tóxicos sociales):

"10. (...), **no obstante la libertad ciudadana de elegir qué productos consumir y en qué cantidad, es evidente que no puede dejarse de lado los serios fenómenos sociales que se generan, o se profundizan, o se agravan por el consumo excesivo de bebidas alcohólicas por parte de aquellas personas que no asumen con responsabilidad la ingesta de estas o que padecen de dolencias psíquicas que les impide tener un control adecuado de su consumo.**

11. **No se trata tampoco de imponer concepciones morales o religiosas a fin de prohibir absolutamente la venta o el consumo de bebidas alcohólicas, sino de equilibrar la autonomía de la libertad y el bienestar general.** Como ya lo expresó este Tribunal, 'la Constitución no es una prédica moral ni una encíclica pastoral; por ello, no puede plantearse, al menos directamente, ni la tarea de hacer felices a los seres humanos ni el de hacerlos buenos. Su principal cometido es el de encarnar el consenso



⁷⁷ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. "Desarrollo de Legislación para el control del tabaco. Modelo y guías", junio de 2002, p.34.



101/00
200

jurídico-político alcanzado y ser por ello garantía de paz y libertad' [0042-2005-AI/TC, fundamento 25].'

En consecuencia, una regulación sobre esta materia debe garantizar un equilibrio razonable entre el derecho a la salud de las personas y otros derechos fundamentales como son la autonomía de la voluntad, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de empresa.⁷⁸

Sobre el particular, debemos señalar que en el presente caso ~~no se puede considerar como alternativa una medida consistente en "fortalecer los mecanismos e instituciones encargadas de la vigilancia y cumplimiento" de otra medida (versión original del artículo 3º de la Ley N° 28705) que no resultaba idónea para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud.~~

Así también, la parte demandante plantea como alternativa la medida que consiste en permitir la creación de establecimientos exclusivos para fumadores. Al respecto, señala lo siguiente:

"13. Pero además, existen otras medidas menos restrictivas que el legislador pudo aplicar, como permitir la creación de establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador. Es decir, permitir el funcionamiento de establecimientos públicos cerrados (como bares, cafés o discotecas) exclusivos para fumadores, los que podrían existir sin afectar o restringir los derechos fundamentales de las personas no fumadoras."⁷⁹



~~Esta medida no resulta idónea para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud. En efecto, sobre la base de lo que ya hemos señalado anteriormente, debemos enfatizar que en los "establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador" los trabajadores estarían expuestos a las consecuencias del tabaquismo, más aun en el caso de los trabajadores fumadores, quienes no sólo estarían expuestos a tales consecuencias en los momentos que deciden fumar (consumo del tabaco), sino también en los momentos que no pueden hacerlo por estar trabajando (exposición al humo de tabaco). Por lo que, esta medida tampoco puede ser planteada como una alternativa en el presente caso.~~

Con relación a la medida consistente en aprobar una legislación que regule la situación de los trabajadores de los establecimientos exclusivos para fumadores, la parte demandante señala lo siguiente:

⁷⁸ Página 32 del escrito de demanda (Punto VII.2 "La NORMA CUESTIONADA no supera el subprincipio de necesidad").

⁷⁹ Páginas 32-33 del escrito de demanda (Punto VII.2 "La NORMA CUESTIONADA no supera el subprincipio de necesidad").



“13. (...) resaltamos que en el caso de los trabajadores de los establecimientos exclusivos para fumadores, el Estado podría contar con una legislación que regule dicha actividad considerándola como una actividad de riesgo. En la actualidad, la cuarta disposición final del Decreto Supremo N° 003-98-SA, que aprueba las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, considera la elaboración de productos de tabaco como una actividad comprendida en el seguro complementario de trabajo de riesgo, esa figura podría extenderse también para quienes trabajan en locales donde se comercializa y consume tabaco, recibiendo una regulación especial por parte del Estado. Dicha regulación respetaría los derechos laborales y el derecho a la salud de los trabajadores y resultaría menos restrictiva que la prohibición absoluta, garantizando los principios de proporcionalidad y razonabilidad. El Estado, por tanto, en vez de introducir una prohibición absoluta, que resulta inconstitucional, debería adoptar otras medidas menos gravosas como, por ejemplo, la de aprobar una legislación que regule la situación de este tipo de trabajadores.”⁸⁰ (énfasis nuestro)



Como podemos apreciar, se propone una medida que, evidentemente, resultaría menos gravosa para los derechos de los fumadores (derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad) y de “*quienes han optado por desarrollar actividades económicas dirigidas a los fumadores*” (libre iniciativa privada y libertad de empresa), pero que no sería menos gravosa para los trabajadores de aquellos “*establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador*”, pues la parte demandante reconoce que trabajar en estos lugares constituye una “actividad de riesgo”.

En tal sentido, se propone como medida alternativa una medida que no conduce a la reducción del consumo de tabaco ni a la protección contra la exposición al humo de tabaco, por lo que no es una medida idónea para prevenir las enfermedades relacionadas con el tabaquismo y, por ende, tampoco es idónea para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud. De manera que, al igual que en los anteriores supuestos, esta medida tampoco puede ser planteada como una alternativa en el presente caso.

Asimismo, se plantea como alternativa la medida consistente en crear programas y campañas educativas en los centros educativos a nivel nacional sobre los riesgos del consumo del tabaco. Al respecto, la parte demandante sostiene lo siguiente:

⁸⁰ Páginas 32-33 del escrito de demanda (Punto VII.2 “La NORMA CUESTIONADA no supera el subprincipio de necesidad”).



"15. (...) una alternativa que resultaría idónea para los objetivos de salud del Estado, sería la creación de programas y campañas educativas sobre los riesgos del consumo del tabaco, que sean dictados en los centros educativos a nivel nacional. Esto permitiría que los menores reciban la información necesaria a temprana edad, y cuenten con los elementos necesarios para tomar una decisión adecuada, reduciendo los problemas de fiscalización del Estado y el consumo de tabaco (fin público buscado)."⁸¹ (énfasis sólo con negritas es nuestro)

Como podemos apreciar, se propone la realización de campañas de sensibilización sobre los riesgos del consumo de tabaco como una alternativa menos gravosa, pero ese tipo de medidas más que una alternativa son consideradas medidas complementarias. Al respecto, el **Tribunal Constitucional** sostiene lo siguiente:



~~"(...) Podría tal vez plantearse que las campañas de sensibilización podrían ser menos gravosas a la libertad de comercio. Sin embargo, debe considerarse que dichas medidas forman parte de la política pública, por lo que más que una medida menos gravosa es una medida complementaria. En efecto, al ser la medida cuestionada parte de una política pública, requiere de elementos complementarios que en buena cuenta tendrán injerencia en su efectividad. (...)"⁸² (énfasis nuestro)~~

De otro lado, con relación a la medida consistente en prohibir el consumo de tabaco en los centros educativos sólo cuando a estos acudan menores de edad o sólo en los espacios cerrados, la parte demandante señala lo siguiente:

"14. Por otro lado, respecto a la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos tampoco resulta necesaria; siendo posible adoptar medidas menos restrictivas; como por ejemplo prohibir el consumo de tabaco en los centros educativos únicamente cuando en estos acudan menores de edad, únicamente en los espacios cerrados. En definitiva, una prohibición para ser legítima debe tomar en cuenta este tipo de excepciones."⁸³

Sobre el particular, debemos reiterar que ~~resulta coherente que los establecimientos dedicados a la educación (los cuales deben orientarse a la~~

⁸¹ Página 33 del escrito de demanda (Punto VII.2 "La NORMA CUESTIONADA no supera el subprincipio de necesidad").

⁸² Fundamento jurídico 26 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00850-2008-PA/TC.

⁸³ Página 33 del escrito de demanda (Punto VII.2 "La NORMA CUESTIONADA no supera el subprincipio de necesidad").



consolidación del desarrollo integral de la persona humana) sean “ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco”, para contribuir a la reducción del consumo de tabaco y a la protección contra la exposición al humo de tabaco, pues de esta forma se previenen enfermedades y, por ende, se garantiza la plena vigencia del derecho a la salud.

Finalmente, la parte demandante concluye lo siguiente:

“Una prohibición absoluta como la establecida por la NORMA CUESTIONADA no genera un estado superior de protección a los ‘no fumadores’; por el contrario, restringe innecesariamente el derecho de los fumadores, lo cual no puede mantenerse en el ordenamiento por ser contrario a la Constitución. Como hemos visto, existen diversas alternativas distintas y menos restrictivas de las dispuestas por la NORMA CUESTIONADA, por lo que ésta tampoco se ajusta al subprincipio de necesidad.”⁸⁴



Al respecto, debemos precisar que hemos podido verificar que la medida impugnada resulta necesaria para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, de acuerdo a lo establecido en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Además, como hemos podido apreciar, en la demanda no se plantea una medida alternativa que, a la vez, sea: 1) idónea para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud; y 2) más benigna con los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa. En consecuencia, podemos sostener que la medida impugnada supera el subprincipio de necesidad.

c) ***Respecto a la afirmación de que la norma cuestionada no supera el subprincipio de proporcionalidad strictu sensu***

Sobre el particular, la parte demandante sostiene lo siguiente:

“18. En efecto, se trata de una medida desproporcional, toda vez que, bajo el argumento de proteger el derecho a la salud de los no fumadores, el Estado ha establecido una prohibición absoluta a los fumadores de reunirse en locales exclusivos para fumadores.

Si el consumo de tabaco en establecimientos exclusivamente para fumadores (donde trabaje personal fumador) no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores pues tales personas no acudirían a dichos lugares, no es razonable que

⁸⁴ Página 33 del escrito de demanda (Punto VII.2 “La NORMA CUESTIONADA no supera el subprincipio de necesidad”).



se prohíba. Sino existe afectación, lo único que justificaría la prohibición sería la intolerancia a los fumadores y al ejercicio de sus derechos, situación que debe ser evitada por el Tribunal Constitucional.

19. Pero además, **una manifestación de lo irrazonable resulta la prohibición absoluta establecida por la NORMA CUESTIONADA de no fumar en las áreas abiertas de los centros educativos (públicos o privados) para adultos.** En efecto, esta generalidad resulta poco razonable para establecimientos estatales o privados dedicados a la educación de adultos – descartando evidentemente a los colegios– como universidades, escuelas de postgrado o institutos superiores que cuenten con amplios espacios abiertos (parques, jardines, etc.), en los que se pueda consumir tabaco **sin afectar los derechos de los no fumadores.** Prohibir el consumo de tabaco en este tipo de establecimientos no hace más que discriminar a los fumadores, mostrando intolerancia hacia su elección de consumo, hacia el ejercicio de su libertad de elección.

20. **Debe quedar claro que si bien en principio resulta razonable como regla general prohibir que se pueda fumar en establecimientos privados o estatales dedicados a la educación, realizar la misma prohibición para aquellos establecimientos de educación para adultos, que cuenten con amplios espacios abiertos como centros de postgrado, universidades, resulta desproporcionado, y no hace más que atentar contra los derechos de los fumadores.**

(...)

22. (...) Si el consumo de tabaco en espacios abiertos dentro de locales dedicados a la educación adulta como universidades, institutos o escuelas de postgrado, **no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores,** no es razonable que se prohíba. Sino existe afectación, lo único que justificaría la prohibición sería la intolerancia a los fumadores y al ejercicio de sus derechos, situación que debe ser evitada por el Tribunal Constitucional. (...)”⁸⁵ (énfasis sólo con negritas es nuestro)

De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional, según el subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*, “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.”⁸⁶ Esto quiere decir, que **debemos**

⁸⁵ Páginas 34-36 del escrito de demanda (Punto VII.3 “La NORMA CUESTIONADA no supera el subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*”).

⁸⁶ Fundamento jurídico 65 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-PI/TC.



comparar el grado de realización de la protección del derecho a la salud y el grado de afectación de los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa.

Respecto al grado de realización de la protección del derecho a la salud, debemos reiterar que la medida impugnada (prohibición de fumar en los establecimientos dedicados a la educación y en los espacios públicos cerrados) es idónea para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pues resulta indispensable para la prevención de enfermedades causadas por el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco. Además dicha medida coadyuva a que el Estado pueda realizar diversas acciones que de acuerdo a lo establecido en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, están encaminadas a garantizar la plena vigencia del derecho a la salud.

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

Si comparamos los aspectos analizados anteriormente (el grado de realización de la protección del derecho a la salud y el grado de afectación de los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa) podemos concluir que la medida impugnada resulta proporcional.

POR TANTO:

Pido a usted, señor Presidente del Tribunal Constitucional admitir la presente contestación y resolver declarando INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad promovida por la parte demandante y, en consecuencia confirmar la constitucionalidad de la ley impugnada.

PRIMER OTROSI DIGO: Adjunto copia de mi Documento Nacional de Identidad.





CONGRESO DE LA REPÚBLICA

01000
206

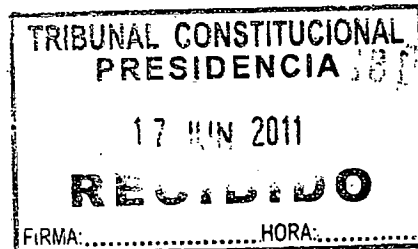
SEGUNDO OTROSI DIGO: Adjunto copia autenticada del Acuerdo de Mesa Directiva N° 040-2005-2006/MESA-CR, por el que se me designa como apoderado en los Procesos de Inconstitucionalidad en los que el Congreso de la República sea demandado.

TERCER OTROSI DIGO: Acompaño copia de la presente contestación de la demanda a fin de que se corra traslado a la parte demandante, conforme lo dispone el artículo 107° del Código Procesal Constitucional.

Lima, 14 de marzo del 2011

.....
JORGE CAMPANA RÍOS
Apoderado del Congreso
ante el Tribunal Constitucional
Reg. CAL. 13518

ANEXO 10



SECRETARIA RELATORIA

FECHA : 16 de Junio de 2011

EXPEDIENTE : 00032-2010-AI

SEÑOR PRESIDENTE CARLOS MESÍA RAMIREZ

De mi especial consideración:

Alcanzo a usted el documento de la Clínica Jurídica de Acciones de Intereses Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, donde solicita ser considerado como Amicus Curiae. En dicho sentido informo a usted como Ponente de la presente causa la pertinencia de la solicitud.

Atentamente,

SR.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'C' followed by a horizontal line and some smaller, less distinct characters.

222
0018

**CLÍNICA
JURÍDICA
DE ACCIONES
DE INTERÉS PÚBLICO**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



**Exp. No. 0032-2010-PI/TC
PRINCIPAL**

**Sumilla: Solicita ser considerado
AMICUS CURIAE**

007869

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
del Poder Judicial
Archivos

2011 JUN 15 PM 3 56

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CLINICA JURIDICA DE ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, con domicilio en la Av. Universitaria No. 1801, distrito de San Miguel, Provincia y Departamento de Lima, representada por su Coordinador el Profesor del Departamento de Derecho abogado **JUAN F. JIMÉNEZ MAYOR**, identificado con D.N.I. No. 07606616 y registro del CAL No. 18785, en el proceso seguido por don Jaime Barco Roda en representación de más de cinco mil ciudadanos, en el proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco, modificado por el artículo 2 de la Ley No. 29517, a usted atentamente decimos:

DOMICILIO.-

Que a efectos de la presente petición, constituimos domicilio en la Casilla 234 del Colegio de Abogados de Lima (Palacio Nacional de Justicia, 4º, piso).

PETITORIO.- SOLICITUD DE SER CONSIDERADOS AMICUS CURIAE

Es nuestra intención presentarnos ante el expediente No. 0032-2010-PI/TC, seguido por don Jaime Barco Roda en representación de más de cinco mil ciudadanos, en el proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco, modificado por el artículo 2 de la Ley 29517.

El Informe que adjuntamos apunta a la Constitucionalidad de la reforma normativa, toda vez que entendemos que está articulada al Convenio Marco de la Organización

Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, que es considerado un tratado de Derechos Humanos

Nuestro propósito solo es contribuir técnicamente al mejor conocimiento del problema e ilustrar en lo posible a la judicatura, aportando el conocimiento que profesores del Departamento de Derecho y nuestros alumnos han incorporado al documento que adjuntamos.

La relevancia pública del caso es evidente, por lo que la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP ha decidido presentar el presente *Amicus Curiae*.

SOBRE LA CLÍNICA JURÍDICA.-

La Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, es una entidad de nuestra Casa de Estudios conformada por profesores y estudiantes que realizan estudios y patrocinan casos de interés público, buscando con ello generar escenarios correctivos o de cambio en las circunstancias que perturban los derechos de un conglomerado de personas e incluso a toda la comunidad. Sin fines de lucro, velamos por el respeto al Estado Constitucional de Derecho y por la construcción de una sociedad más justa e inclusiva.

La Clínica Jurídica también es un espacio formativo de nuestros estudiantes en donde buscamos inculcar el concepto de responsabilidad social profesional y complementar la enseñanza teórica con casos relevantes que afectan a nuestra comunidad. Hacemos que los alumnos aprendan derecho no solo a partir de la dogmática jurídica, sino a partir de lo que acontece en la realidad.

Nuestra Clínica Jurídica ha participado en casos relevantes a través de *Amicus Curiae*. El más importante sin duda ha sido la participación en el proceso del ex Presidente Fujimori que fue citado en la histórica sentencia condenatoria y que contó con la colaboración del profesor Manuel Cancio Meliá (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid) la adhesión de las Clínicas integrantes de la *Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos*, y de diversos profesores de nuestra Universidad.

Este *Amicus Curiae* ha sido preparado por alumnos de nuestra Universidad, bajo la supervisión de profesores del Departamento de Derecho. Se adjunta como anexo de esta petición.

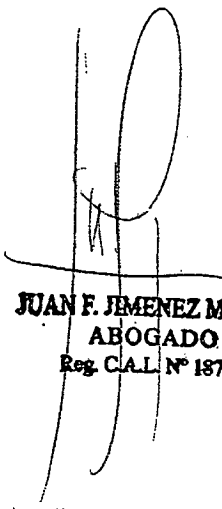
POR TANTO:

A la judicatura rogamos tener en cuenta la petición de *AMICUS CURIAE* que formalizamos en la mejor intención de contribuir a clarificar el problema que se expone en la litis.

220

PRIMER OTROSI DECIMOS.- Anexo.- Se acompaña como anexo el contenido del informe técnico que como *AMICUS CURIAE* presentamos a la judicatura.

Lima, 15 de junio del 2011



JUAN F. JIMENEZ MAYOR
ABOGADO
Reg. C.A.L. N° 18785

CLÍNICA
JURÍDICA
DE ACCIONES
DE INTERÉS PÚBLICO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

225
101036

**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE EL PROCESO DE
INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA
REFORMA DE LA LEY N° 28705, LEY GENERAL
PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS
RIESGOS DEL CONSUMO DE TABACO,
MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 2° DE LA LEY
N° 29517**

Exp. N° 0032-2010-PI/TC

**Informe Jurídico sobre la constitucionalidad de la reforma
legislativa y las reglas de control de los riesgos del consumo
de tabaco**

"salud populi, suprema lex est"

Cicerón

"El uso de productos de tabaco tiene un riesgo real y serio para la salud. La única forma de evitar estos riesgos es no consumir tabaco...."

British American Tobacco Perú
www.batperu.com

"Es esencial luchar contra el tabaquismo para mejorar la salud pública (...) Esta lucha es un desafío permanente, y por eso elaboramos legislaciones, participamos en iniciativas internacionales de lucha anti tabaco y financiamos campañas de prevención de gran escala. Pero todavía tenemos mucho que hacer. (...) toda disminución del tabaquismo representa una ganancia inmensa en términos de salud y de calidad de vida para todos los ciudadanos"

Andrzej Ryś,
Director Salud Pública de la Unión Europea

CONTENIDO

PRESENTACION	5
I. EL CONVENIO MARCO PARA EL CONTROL DEL TABACO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD	8
II. DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL	19
III. EL DERECHO A LA SALUD Y EL TABAQUISMO	20
IV. TABAQUISMO Y POBREZA	25
V. EL AVANCE DE LA INDUSTRIA TABACALERA	28
VI. LA EVOLUCIÓN SOBRE EL CONTROL DEL HUMO DEL TABACO EN LA LEGISLACION COMPARADA	30
6.1. Europa y el tabaquismo	31
6.2. EE.UU y el tabaquismo	36
6.3. La situación en América Latina	40
VII. LOS RIESGOS DE UN RETROCESO EN NUESTRA LEGISLACION	45
7.1. La razón del cambio en la legislación peruana para generar espacios libres 100% del humo de tabaco	45
7.2. El argumento de la libre autodeterminación de los fumadores	50
7.3. Principio de previsión de consecuencias	53
7.4. La eliminación de fumar en áreas abiertas de centros educativos	55
CONCLUSIONES	57

Redacción del presente Informe

Profesor del Departamento de Derecho
Coordinador de la Clínica Jurídica
Adjunto de docencia
Alumnos

Juan F. Jiménez Mayor

Joao Pacheco Castro

Pablo César Badajoz Siles

Raquel Valenzuela Guzmán

Vincent Sictet (Francia)

Jorge Emilio Magán Ramón

Presentación

El presente Informe tiene por objetivo presentar al Tribunal Constitucional la perspectiva jurídico-constitucional sobre la reforma normativa de la Ley N° 29517, que amplía las restricciones respecto al humo del tabaco.

Este documento considera como pauta y central referencia jurídica para abordar el problema, el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, así como la legislación comparada europea, norteamericana y Latinoamericana. También se sostiene en una serie de estudios llevados a cabo por centros de investigación nacionales e internacionales relativos al daño del tabaquismo como incidencia a la afectación al derecho a la vida y la salud, así como el impacto que han tenido medidas de restricción al humo del tabaco, respecto a la libertad de empresa, en donde se demuestra que la introducción de límites al hábito de fumar en lugares cerrados no ha perjudicado la libre concurrencia de consumidores. El caso de Nueva York, citado en este informe, evidencia claramente esta afirmación.

Nuestra premisa es colaborar con la decisión final que el Tribunal tenga a bien adoptar en este proceso de inconstitucionalidad. La información y la serie de datos que proporcionamos esperamos que enriquezcan el debate en una causa de altísimo interés público.

No inspira nuestra intervención en este caso, sino el mandato de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público, de velar por los Derechos Humanos y el Estado Constitucional, en la defensa de casos emblemáticos que afectan a conglomerados sociales. Aquí, particularmente, la situación es muy compleja, pues estamos frente a un proceso de inconstitucionalidad que podría afectar, por una decisión equivocada, a millones de personas, causando estragos a su salud y entorno familiar en pocos años.

Veremos que esto además afecta a sectores pobres y vulnerables, como la adolescencia de nuestro país, primer grupo étnico en adoptar estos hábitos. No postulamos una posición paternalista, sino que acreditamos con datos fidedignos que medidas de restricción de fumar en lugares cerrados induce claramente a la reducción del consumo de cigarrillos y de enfermedades derivadas del tabaquismo. Aquí se podrán encontrar datos muy interesantes sobre esta perspectiva.

No se plantea la prohibición de fumar. Quiénes tienen estos hábitos tienen la libertad de hacerlo en diversos lugares, pero ya no en lugares cerrados. Esto está en sintonía con el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco y, por supuesto, con nuestro marco constitucional. Además, va en la dirección de la legislación de avanzada de muchos países del mundo.

La posibilidad de lugares cerrados exclusivos para fumadores, pretensión expresada en este caso por los demandantes, es un asunto que el Tribunal Constitucional deberá estudiar muy bien, pues ello puede significar un enorme retroceso en los avances que el país ha dado en esta materia. Las razones están expuestas en este Informe y apuntan al relajamiento que significará una legislación permisiva que finalmente será burlada con la denominación de lugares de fumadores exclusivos a todos los establecimientos de diversión como bares, restaurantes y discotecas. Esperamos, por las razones técnicas y jurídicas que aquí expresamos, que ello no se permita.

Por lo demás, bajo el principio de igualdad deberá considerarse que la prohibición es general y que, por tanto, regula a todos los establecimientos cerrados. Habilitar lugares públicos para fumadores –que en la práctica podría implicar el relajamiento de la legislación, como ya lo hemos planteado– implicaría la afectación del derecho de los no fumadores a respirar un aire limpio. El problema aquí vendría por el abuso que podría ocurrir por la permisividad que los locales públicos adoptarían, sin perjuicio de la afectación a los derechos de los trabajadores de estos locales. Planteamos aquí considerar las consecuencias trascendentales que tendrá este fallo.

Por todas estas razones invocamos con este Informe el derecho a la vida y la salud de las peruanas y peruanos, como base de la opción que deberá tenerse en cuenta.

Este *Amicus Curiae* ha sido preparado por profesores y alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el marco del curso de Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público, en donde enseñamos a nuestros estudiantes la participación que, como hombres de derecho, debemos asumir en la defensa de casos de interés público, ejerciendo al mismo tiempo nuestra ciudadanía. Se desarrolla en el marco del enfoque de responsabilidad social de nuestra Casa de Estudios

Cabe señalar la particularidad, en este caso, por la colaboración recibida por un estudiante de intercambio francés que proviene de la Universidad de Bordeaux, que ha coadyuvado con sus compañeros de curso en el estudio del caso y la construcción de datos para elaborar este documento y que ha hecho, como

todos los demás, aportes sustantivos, que esperamos puedan ser valorados por los magistrados del Supremo Intérprete de la Constitución.

Lima, 14 de junio del 2011

I. EL CONVENIO MARCO PARA EL CONTROL DEL TABACO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

Un primer punto a analizar en este caso es el Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT) de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Su pertinencia para el presente proceso de inconstitucionalidad es central, dado que se trata del primer instrumento internacional de salud pública promovido por la OMS, proponiendo una agenda global para enfrentar una epidemia que se ha extendido a todos los países, determinando una serie de medidas encaminadas a reducir la oferta y la demanda de tabaco, planteando la necesidad de cooperación entre los países y alertando sobre el avance nocivo de la industria tabacalera.

La comunidad internacional se estructura hoy a partir de ciertos valores universales, siendo en ello, principalmente, el derecho internacional de los Derechos Humanos, el estándar que preside no solo las relaciones entre los países, sino los niveles y grados de evolución de las sociedades modernas. Precisamente a partir de este estándar debe entenderse la existencia del presente Tratado internacional que marca una preocupación fundamental y contenidos precisos por la salud de los ciudadanos en todo el planeta.

Este instrumento internacional fue aprobado durante la 56ª Asamblea Mundial de la Salud en mayo del 2003 y obliga a nuestro país¹. Dicho convenio fue promovido por la Organización Mundial de la Salud, organismo de la Organización de las Naciones Unidas, que nació para gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial. Sin duda, está alineado con el mandato de la OMS, cuyo artículo 1º de su texto fundacional señala:

"CAPÍTULO I – FINALIDAD

Artículo 1

La finalidad de la Organización Mundial de la Salud (llamada de ahora en adelante la Organización) será alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud."

La existencia de un instrumento internacional para el control del tabaco ha tenido una larga evolución. La idea surgió oficialmente en mayo de 1995, con motivo de la 48ª Asamblea Mundial de la Salud. Al año siguiente, la 49ª Asamblea Mundial de la Salud aprobó la resolución WHA49.17, que pedía al Director General que iniciara el desarrollo de un Convenio Marco de la OMS

¹ Aprobado mediante Resolución Legislativa N° 28280 del 17 de julio del 2004. ✓

para el Control del Tabaco. Será todavía en 1999 cuando se iniciaron las negociaciones efectivas, a partir de la decisión por parte de la OMS de establecer como prioridad el control mundial del tabaco para la salud pública.

Determinar la naturaleza de este convenio internacional es un primer punto que requiere ser precisado, a efectos de que el Tribunal Constitucional pueda asumir el punto de partida sobre los aspectos jurídicos centrales de este proceso de inconstitucionalidad. En esta vía, es importante considerar de dónde proviene la existencia de este convenio y la finalidad que persigue en el afianzamiento del objeto de la OMS: la salud pública; o mejor "alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud", que le de, de esta forma, sentido al derecho.

Se evidencia que estamos en la regulación de un derecho y la formalización de compromisos de los Estados-parte para llevarlo adelante y respetar su contenido. ¿De qué derecho hablamos? Del derecho a la salud, sin duda alguna.

La Constitución de la OMS define este derecho, considerando que *"El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr, es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social"*. Agregando que, *"La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"*.

Existen diversos instrumentos internacionales que determinan que el derecho a la salud es un Derecho Humano. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 menciona a la salud como parte del derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 25²). Fue reconocida nuevamente como derecho humano en 1966 en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11.1³). A nivel de nuestro Continente, el Protocolo Adicional

² Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

³ 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.

a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", regula el tema.⁴

Determinado que el derecho a la salud es un Derecho Humano, veamos ahora si el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la OMS, es un convenio regulatorio de este derecho humano y, desde esa perspectiva, el rango constitucional o no de este convenio en nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre la materia, entre las consideraciones que recoge la 56ª Asamblea Mundial de la Salud para la aprobación del convenio, figura un párrafo muy importante, para pacificar este debate:

"Convencida de que este convenio representa una iniciativa pionera para el progreso de la acción nacional, regional e internacional y la cooperación mundial encaminada a proteger a la salud humana de los efectos devastadores del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, y consciente de que debe prestarse una atención especial a la situación particular de los países en desarrollo y de los países con economías en transición;"

De igual modo, el Preámbulo del Convenio nos otorga luces para determinar su naturaleza jurídica, pues se reconoce al ~~tabaquismo~~ no solo como una ~~enfermedad que, por ende, afecta la salud, sino como una epidemia mundial~~ que requiere la cooperación internacional, determinándose sus nocivas consecuencias en las personas expuestas al humo del tabaco, siendo que ello afecta al conjunto de la población, incluido a sectores vulnerables como niños, mujeres e incluso personas pobres, como veremos más adelante. Las líneas del Preámbulo que nos brinda una clara orientación son las siguientes:

"Reconociendo que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública, que requiere la más

4 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, entendiéndose 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.

amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral,

Teniendo en cuenta la inquietud de la comunidad internacional por las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, económicas y ambientales del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco en el mundo entero,

Seriamente preocupadas por el aumento del consumo y de la producción de cigarrillos y otros productos de tabaco en el mundo entero, particularmente en los países en desarrollo, y por la carga que ello impone en las familias, los pobres y en los sistemas nacionales de salud,

Reconociendo que la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco, o a consumir de cualquier otra manera productos de tabaco,

Reconociendo además que los cigarrillos y algunos otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera muy sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia, que muchos de los compuestos que contienen y el humo que producen son farmacológicamente activos, tóxicos, mutágenos y cancerígenos, y que la dependencia del tabaco figura como un trastorno aparte en las principales clasificaciones internacionales de enfermedades,

(...)"

El propio texto del ~~Convenio~~ no da lugar a duda alguna sobre su objeto vinculado directamente al derecho a la salud. El artículo 3º señala que su objeto es *"...proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco proporcionando un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco."*

Concluyendo el artículo 8º de modo inequívoco que:

"Artículo 8

Protección contra la exposición al humo de tabaco

~~1. Las Partes reconocen que la ciencia ha demostrado de manera inequívoca que la exposición al humo de tabaco es causa de mortalidad, morbilidad y discapacidad.~~

2. Cada Parte adoptará y aplicará, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares públicos."

El Convenio tiene así definiciones claras sobre la afectación a la salud por el tabaquismo y determina una serie de obligaciones internacionales mínimas en aspectos tributarios, de distribución y venta del tabaco, de publicidad, de etiquetado del tabaco, de programas educativos sobre el uso del tabaco, medidas de reducción de la oferta del tabaco, prohibición de fumar en lugares públicos, entre otros aspectos, todo lo cual busca proteger el derecho a la salud. Para el seguimiento de la aplicación del CMCT se determina inclusive un sistema de control a partir del nacimiento de la Conferencia de las Partes, junto a la conformación de una Secretaría Permanente, y también un sistema de solución de controversias.

~~El CMCT regula así el derecho a la salud en su conexión con una enfermedad concreta: el tabaquismo, postulándose la necesidad de una estrategia común para poder erradicarla. Si el derecho a la salud es un Derecho Humano y este convenio busca proteger el derecho a la salud vinculado a las enfermedades que ocasiona el tabaquismo, sin duda alguna estamos frente a un Convenio que regula materia de derechos humanos.~~

En efecto, todo tratado que establezca conductas determinadas relativas a la difusión, protección u otra actividad similar, vinculadas a un Derecho Humano o un derecho fundamental constitucionalmente protegido, es un Tratado de Derechos Humanos. Esta posición tiene fundamento en el caso peruano en base al sistema de *numerus apertus* de derechos constitucionales, plasmado en el artículo 3° de la Constitución, que dice:

"La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, 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."

Los derechos protegidos por el Estado, son en verdad los derechos constitucionales o derechos humanos, los mismos que no están en un listado

cerrado, sino uno abierto. Opera ello debido a que todo Derecho Humano está fundado en la dignidad del hombre.

Precisamente, en ello debe tenerse en cuenta que, el "CMCT OMS es un tratado ~~(...)~~ que reafirma el derecho de todas las personas a gozar del grado máximo de salud que se pueda lograr." (Prefacio)

Por tales razones no podemos negar que el CMCT es un Tratado de Derechos Humanos, en la medida que busca proteger el derecho a la salud, consagrado en el artículo 7° de la Constitución que señala que "Todos tienen derecho a la protección de su salud" y en diversos instrumentos de derecho internacional.

~~Al adquirir el Tratado de Derechos Humanos un rango constitucional, no pueden existir normas que sean contrarias al mismo, estando vedado el legislador a negarlos. Protección que se extiende, además, a que los tratados se incorporan al sistema nacional pero con rango constitucional, siendo un límite y un parámetro interpretativo y/o legislativo. (STC N° 025-2005-AI/TC).~~

Así, estamos ante un cuerpo normativo que se ha ideado para dar contenido a este Derecho Humano y que sirve al propósito de proteger y mejorar la salud mundial. Un consenso universal para mejorar la salud no puede ser tomado como un simple Tratado para administrar un tema que se ha tornado importante, como algunos lo pueden pensar, determinando que se tratan temas tributarios o de publicidad. Se está frente al establecimiento de políticas públicas y hoy sabemos que los derechos humanos no son simples declaraciones o estipulaciones normativas, sino que éstos deben condensarse pragmática y realmente en políticas públicas; esa es la obligación de los Estados hoy. Por ello el CMCT, no solo es un Tratado de Derechos Humanos, sino que además es un instrumento de avanzada, en donde se plantea la fusión de políticas públicas y concreción del derecho.

Si bien el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no formula políticas, sino que establece estándares que sirven de marco a las políticas que cada Estado define, es evidente que la acción de gobierno o, mejor, las políticas públicas, no pueden estar divorciadas de estos estándares, lo que obliga finalmente a que dichas políticas estén alineadas a la temática de Derechos Humanos.

No se trata ya de una obligación de no hacer. El respeto a las esferas de libertad no implica que el Estado solo deje al individuo actuar según su libertad, sino que deba efectuarse las acciones pertinentes y enérgicas que posibiliten el ejercicio real de los derechos. Esto en el Estado Constitucional se tiene que expresar en políticas públicas.

Las políticas públicas en Derechos Humanos implican una redefinición de cosas que permite transitar de la identificación de violaciones o límites a los derechos -concepto tradicional-, hacia la determinación de acciones afirmativas que, partiendo de análisis, diagnósticos y diseño de estrategias, permitan la asunción de medidas concretas de solución o superación de situaciones o violaciones a los Derechos Humanos. Es un enfoque que plantea la articulación de acciones orientadas a la realización de los derechos de la población basada obviamente en los instrumentos internacionales de protección y en la necesidad de participar en la definición de estas políticas.

En esta línea, la fusión o inspiración de políticas públicas en Derechos Humanos representa hoy por hoy la oportunidad para hacer efectivos los estándares internacionales en esta materia y, por cierto, los derechos mismos. Se pone en primera línea de acción la real vigencia de los derechos, enriqueciendo así la agenda pública que configura demandas y necesidades de la población que siempre existen y que en la democracia deben configurar las aspiraciones de todo gobernante.

Esto es claramente visible en los llamados derechos económicos y sociales que deben configurar la programación determinante de acciones afirmativas para el goce efectivo de derechos y no solo una finalidad lejana. De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha señalado ello en reiteradas sentencias donde ha dicho que *"38. (...) los derechos económicos, sociales y culturales en cuya concreción reside la clave del bien común, no deben aparecer como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas. En esa línea, se afirma que la realización progresiva de los derechos humanos a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que prive de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados establecidas en los pactos internacionales (Bernal Ballesteros, Enrique. En: El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas. Comisión Andina de Juristas. Lima, 2004)."*⁵

En conclusión, la existencia de un convenio internacional regulatorio de un Derecho Humano como es el derecho a la salud en un tema tan importante para el control de una enfermedad calificada como epidemia como es el tabaquismo, nos lleva a afirmar que se trata de un Tratado que, por la materia que aborda, cuenta con rango constitucional. Los efectos de la naturaleza jurídica del CMCT, son centrales en el caso pues con ello los dispositivos de este Convenio no pueden ser contradichos no solo a partir de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados por la que una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de

⁵ STC N° 2945-2003-AA/TC.

un tratado y todo acuerdo internacional en vigor obliga a las partes *pacta sunt servanda* y a ser cumplido por ellas de buena fe *bona fide*, sino por el hecho que dada esta cualidad, estamos ante normas de aplicación eficaz y directa, es decir, normas jurídicas vinculantes y de aplicación obligatoria por los poderes públicos y de respeto por los poderes privados que regulan de manera más amplia, favorable y específica, el escueto alcance del derecho a la salud que recoge nuestra Constitución.

El Tribunal Constitucional, entonces, debe considerar el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud, como un tratado de Derechos Humanos y en esa línea considerar la pertinencia de la Ley impugnada no solo a partir de los principios, valores y dispositivos constitucionales, sino teniendo en cuenta lo contenido en este instrumento internacional a partir de lo establecido en el Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

De esta forma, es pertinente tener en cuenta que este convenio contiene una serie de obligaciones que se pueden estructurar de la siguiente manera:

Obligación principal u Objetivo:

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

Obligaciones generales (entre las más resaltantes):

- Adoptar y aplicar medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales (artículo 8).
- Prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. (artículo 13)
- Idear y aplicar programas eficaces de promoción del abandono del consumo de tabaco en lugares tales como instituciones docentes, unidades de salud, lugares de trabajo y entornos deportivos; (artículo 14, numeral 2, a)

- Establecer en los centros de salud y de rehabilitación programas de diagnóstico, asesoramiento, prevención y tratamiento de la dependencia del tabaco; (artículo 14, numeral 2, a)
- Adoptar y aplicar medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces para que todos los paquetes o envases de productos de tabaco y todo empaquetado externo de dichos productos lleven una indicación que ayude a las Partes a determinar el origen de los productos de tabaco y, de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, ayude a las Partes a determinar el punto de desviación y a vigilar, documentar y controlar el movimiento de los productos de tabaco y su situación legal. (artículo 15, numeral 2).

Principios básicos para lograr el objetivo principal y los secundarios:

Adoptar medidas para:

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

de tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco (artículo 5, numeral 3).

En base a ello, podemos decir que el Convenio Marco tiene una meta fundamental, una tarea vital, una finalidad básica, que es la protección contra las consecuencias del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco. Y todo lo posterior (obligaciones generales) servirá de apoyo o complemento, lo cual no puede ir en contra de la finalidad u objetivo principal. Siendo los principios rectores, coadyuvantes a esta obtención.

El punto que merece mayor análisis es la *Protección contra la exposición al humo de tabaco*, que se menciona en el artículo 8º y que tiene relación directa con la obligación principal, ya que en su contenido no solo la menciona, sino que la desarrolla. Este dispositivo dice:

“Artículo 8: Protección contra la exposición al humo de tabaco

- 1. *Las Partes reconocen que la ciencia ha demostrado de manera inequívoca que la exposición al humo de tabaco es causa de mortalidad, morbilidad y discapacidad.*
- 2. *Cada Parte adoptará y aplicará, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales.”(resaltado propio)*

El CMCT expresamente busca proteger a las personas, sean fumadoras o no fumadoras, de la exposición al humo del tabaco en una serie de lugares, por medio de medidas que tienen que ser efectivas. Por lo que la mera exposición al humo de tabaco es un peligro o amenaza, que tiene que evitarse en todos sus niveles posibles por las graves consecuencias que trae, descartando por completo las “zonas permitidas” de humo de tabaco, no sólo por la interpretación desarrollada, sino porque el texto expresamente no lo permite.

~~¿Cómo puede existir una medida eficaz si se permite lo que se busca no permitir? ¿Cómo crear espacios para la exposición al humo de tabaco si se busca proteger a las personas de estas zonas? Optar por crear estos espacios, contravendría la norma del Convenio y, por ende, el objetivo principal del mismo. De optar este camino equivocado, se convertiría en una promoción, más que en una prohibición, afectando el objetivo expreso del Convenio.~~

Si se busca en todo momento la protección, ésta debe de ser la máxima posible. Ya que no sólo se conocen las "devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco", sino que ante semejante daño, la mejor medida para evitarlo es eliminar toda posibilidad de exponer el humo del tabaco a las personas en los lugares mencionados.

No cabe suponer que la prohibición sea parcial, pues la exposición dañina aún persistiría y los Estados parte, cada vez con mayor fuerza (esa es la tendencia), apuntan a la medida más eficaz, siendo ésta la eliminación total del daño.

En la mínima exposición al humo del tabaco, persistirán las consecuencias dañinas a la salud, pues lograrían únicamente una menor exposición, persistiendo aún la mortal exposición.

La prohibición total, a la exposición al humo del tabaco, tiene no sólo un respaldo argumentativo lógico, sino de los propios Estados parte del Convenio, quienes han adoptado esta interpretación del Tratado como mayoritaria y que poco a poco se convertirá en absoluta.

En el *Informe Mundial 2010 sobre los progresos realizados en la aplicación del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco*, se señala que "en la mitad de las Partes que presentaron su segundo informe (tras cinco años) está totalmente prohibido fumar en los bares", mientras que ocho partes aplican medidas parciales." ⁶

Como se observa, los Estados mayoritariamente vienen aceptando que la prohibición debe de ser absoluta, por lo que interpretar el tratado en sentido contrario, es contravenir el objetivo principal del Convenio Marco de la OMS.

No debe dejar de considerarse un elemento que tiene que ver con la progresividad de los Derechos Humanos aplicados en este caso al derecho a la salud. El artículo 2º, numeral 1 del Convenio señala inclusive que los Estados pueden ir más allá del convenio para proteger la salud de sus habitantes:

"Para proteger mejor la salud humana, se alienta a las Partes a que apliquen medidas que vayan más allá de las estipuladas por el presente Convenio y sus protocolos, y nada en estos instrumentos impedirá que una Parte imponga exigencias más estrictas que sean compatibles con sus disposiciones y conformes al derecho internacional."

⁶ Informe Mundial 2010 sobre los progresos realizados en la aplicación del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. Análisis resumidos de los informes de las Partes (en línea). En: http://www.who.int/fctc/reporting/summary_analysis/es/index.html. pp. 15-17. Fecha de consulta: 10 junio 2011.

II. DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La salud es un derecho fundamental y, por ende, a él deben propender los esfuerzos del Estado para su plena vigencia. Este derecho no es solo una declaración y si bien no está regulado en el artículo 2° de la Constitución peruana, sino más bien en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los artículos 7° y 9° de la Constitución, es evidente su naturaleza como derecho humano fundamental. No solo por estar así reconocido en los instrumentos internacional ya vistos, sino porque existe una conexión directa con otros derechos fundamentales. Esta, además, es la posición de reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que considera que *"...cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo"*⁷.

Si la sistemática nos indica que estamos ante derechos económicos y sociales, es importante precisar que ello no implica que no sean exigibles. No solo la doctrina, sino el propio Tribunal Constitucional ha pacificado este debate pronunciándose sobre la naturaleza de los derechos económicos y sociales, como es el caso del derecho a la salud.

En la sentencia del caso Roberto Nesta Brero y más de cinco mil ciudadanos contra la Presidencia del Consejo de Ministros (STC N° 008-2003-AI/TC), se precisa la gran concepción de nuestra Constitución de 1993 que fija los contornos que configura nuestro modelo como un Estado social y democrático de derecho, *"en el cual se requiere la configuración de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos, y la identificación del Estado con los fines de su contenido social"*⁸.

Las condiciones mínimas materiales buscan *"...garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social, así como neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre; por ello, el logro de estas condiciones materiales mínimas de existencia debe motivar la intervención del Estado y la sociedad de manera conjunta para la consecución de este fin"*⁹.

Precisamente en esta vía es donde el Estado debe enfrentar los retos de afirmar políticas públicas conectadas con la consecución de la plena vigencia y ejercicio

⁷ Ibidem.

⁸ Fundamento jurídico 12.

⁹ Fundamento jurídico 9.

de los derechos fundamentales. "Es ahí donde se hace necesaria la exigencia de los derechos sociales y económicos, también llamados derechos prestacionales, como la seguridad social, salud pública, vivienda, educación y demás servicios públicos, pues ellos representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación"¹⁰.

De ninguna manera el derecho a la salud como derecho social, puede configurarse como una mera norma programática de *eficacia mediata*, como tradicionalmente ha sido abordado este asunto. Al contrario como lo señala el Tribunal Constitucional "...su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en su reconocimiento en forma conjunta e interdependiente"¹¹.

En ese sentido la preocupación del Estado y de la comunidad internacional de los Derechos Humanos respecto al derecho a la salud, en un asunto tan grave como la epidemia del tabaquismo, no es una pretensión aislada a la vigencia del Estado Constitucional de Derecho, sino precisamente por ello directamente involucrada en la necesidad de que la salud sea un derecho pleno y vigente, en donde deban agotarse todos los esfuerzos necesarios para su plena, actual y efectiva vigencia.

III. EL DERECHO A LA SALUD Y EL TABAQUISMO

No es muy antigua la evidencia del daño a la salud por el humo del tabaco, pero las conclusiones sobre el daño a la salud son inobjetables. Los primeros estudios datan de los años 60, en donde inicialmente se determinó que el humo de tabaco de personas no fumadoras era dañino en la salud respiratoria de niños hijos de padres fumadores; posteriormente se revelaron estudios que probaban mayor riesgo de cáncer de pulmón y cardiopatía coronaria en adultos no fumadores expuestos. Los estudios en esta materia fueron creciendo hasta contarse con informes contundentes como el Informe de 1986 del *Cirujano General de los Estados Unidos*, el doctor Dr. Koop¹² y la evaluación de riesgos

¹⁰ Fundamento jurídico 10.

¹¹ STC N° 2016-2004-AA/TC, Fundamento jurídico 10.

¹² US Department of Health and Human Services. The health consequences of involuntary smoking: A Report of the Surgeon General. Rockville (MD): US Department of Health and Human Services. Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Health Promotion, Office on Smoking and Health; 1986. DHHS Publication No. (CDC) 87-8398. Citado por VALEDES-SALGADO, Raydel, AVILA-TANG, Erika, SELLMAN, Frances A., WIPPL, Heather y) Jonathan M. SAMET. Leyes que prohíben fumar. En: Revista de Salud Pública de México, Vol. 50, suplemento 3 de 2008, p. 339.

llevada a cabo en 1992 por la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos¹³. Más recientemente existen otros reportes de una serie de institutos científicos de gran prestigio mundial, que son inobjectables respecto al daño a la salud que provoca el humo del tabaco¹⁴.

La adicción al tabaco genera serios problemas en las familias. Está probado que:

*"El humo de tabaco está relacionado a 55 enfermedades; 17 de ellas son diversos tipos de cáncer, entre ellos cáncer al pulmón, tráquea, bronquios, boca, garganta, esófago, estómago, hepático y otros. Produce otros daños en el organismo como hipertensión arterial, úlcera gástrica, impotencia sexual, infertilidad, cataratas, arrugas prematuras, deterioro de la dentadura, abortos y partos prematuro. Cada vez se descubren más enfermedades prevenibles que produce el tabaquismo, además de las ya conocidas como neoplasmas, malignos, enfermedades respiratorias (enfisema, EPOC, bronquitis crónica, disnea, asma, influenza, tuberculosis, tos crónica) y enfermedades cardiovasculares (enfermedad isquémica cardíaca, trombosis coronaria, aterosclerosis, enfermedad cerebrovascular); se sabe que el consumo de tabaco perjudica todos los órganos del cuerpo; la fertilidad masculina y femenina; el sistema inmunológico; el sistema circulatorio, produce diabetes mellitus, enfermedades periodontales, y afecta tanto a la madre como al feto durante el embarazo; etc."*¹⁵

Un informe de la "Agencia de Protección del Medio Ambiente de los Estados Unidos" sobre los daños a la salud concluyó que el humo del tabaco "(...) debe ser considerado un carcinógeno del grupo A, pues existe suficiente evidencia científica que apoya la asociación entre su exposición y la aparición de cáncer, sin que se puedan poner de manifiesto sesgos o factores de confusión y sin que sea verosímil que tal asociación sea debida al azar"¹⁶. Su peligro se evidencia en comparación de otros agentes con potencial para provocar cáncer como el asbesto, arsénico, benceno, cloruro de vinilo y radiaciones; siendo que la aspiración de humo de tabaco es 57 veces

¹³ US Environmental Protection Agency. Respiratory Health Effects of Passive Smoking: Lung Cancer and Other Disorders. Washington: US Environmental Protection Agency, Office of Research and Development, Office of Air Radiation, 1992. Report No. EPA/600/6-90/0006F. Cit. por VALDES-SALGADO, op. cit. p. 334.

¹⁴ Por ejemplo, el reciente estudio del Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer de la International Agency for Research on Cancer. Monograph on the Evaluation of Carcinogenic Risk to Humans: Tobacco Smoke and Involuntary Smoking. Vol. 83 Lyon (France): International Agency for Research on Cancer, 2004.

¹⁵ RADOVIC, Flavia y Carmen BARGO. Informe COEAT N° 1772/PB/11 Lima, 28 de febrero del 2011. Documento impreso: P. 74

¹⁶ BANEGAS, J.R., ESTAPE, J. GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ, J. LÓPEZ GARCÍA-ARANDA, V, PARDELL, H SALVADOR, T, SÁNCHEZ AGUDO, y , J. R. VILLALBÍ. Exposición involuntaria al humo ambiental de tabaco: Revisado actualizada y posibilidades de actuación. (en línea) En: <http://www.semergen.es/semergen/cda/documentos/revistas/pdf/numero8-99/702-711.pdf> Fecha de consulta: 1 de junio de 2011.

más riesgosa. Esto hace del humo de tabaco el contaminante ambiental con mayor poder carcinogénico¹⁷.

Esta situación no admite duda alguna y la propia industria lo ha reconocido. La British American Tobacco Perú en su página web (www.batperu.com), señala lo siguiente:

"El uso de productos de tabaco tiene un riesgo real y serio para la salud. La única forma de evitar estos riesgos es no consumir tabaco...."

El problema es difícil de afrontar, pues se trata de un producto que se consume bajo condiciones de dependencia, es decir, en donde las personas pueden perder su propia voluntad o libertad de elegir al asumir un hábito que ya no controlan. Según la "American Psychiatric Association", el tabaco produce dependencia física y psicológica, por lo que se le considera una sustancia adictiva. Asimismo, indica que produce una tendencia a su uso continuado, incluso sabiendo el perjuicio que puede causar¹⁸. Se señala que el tabaquismo puede llegar a generar comportamientos de tolerancia, síndrome de abstinencia y conducta compulsiva de consumo¹⁹.

Existen estudios que han confirmado el proceso adictivo generado por la nicotina, la que actúa no sólo calmando el síndrome de abstinencia, sino también como factor estimulante. Al respecto, se ha señalado que: *"Inmediatamente después de la administración de nicotina se produce un aumento en la liberación de adrenalina como resultado del estímulo de la glándula suprarrenal. La adrenalina eleva los valores de glucosa y aumenta la presión arterial y el ritmo cardiorrespiratorio. La nicotina bloquea al mismo tiempo la liberación de insulina en el páncreas, lo que produce un estado permanente de ligera hiperglucemia en el fumador. Esta combinación de efectos relajantes y estimulantes es similar a los de drogas como la cocaína y la heroína. La consecuencia es también la misma: la exposición crónica a la nicotina termina en adicción"*.²⁰

Hoy en día los científicos están de acuerdo en considerar que la nicotina tiene un papel fundamental en la producción de dependencia que caracteriza al hábito de fumar. Está comprobado fisiológicamente que la nicotina produce un efecto de tolerancia, es decir, después de varias horas de la administración de una gran cantidad de esta sustancia en el organismo ocurre una reducción de su

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ SOTO MAS, F., VILLALBÍB, J.R., BALCÁZARA, H y J. VALDERRAMA ALBEROL. La iniciación al tabaquismo: aportaciones de la epidemiología, el laboratorio y las ciencias del comportamiento. (en línea) En: <http://www.elsevier.es/sites/default/files/elsevier/pdf/37/37v57n04a13036918pdf001.pdf>. Fecha de consulta: 1 de junio de 2011.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

efecto, y en este caso la solución encontrada por el fumador es incrementar la dosis para volver a lograr una acumulación de nicotina en el cuerpo que le resulte satisfactoria. La tolerancia se manifiesta en que luego de horas de haber administrado una considerable cantidad de nicotina en el organismo, los efectos de esta sustancia disminuyen, originando que el fumador busque incrementar las respectivas dosis para alcanzar un nivel de nicotina que le resulte satisfactorio.²¹

Esta especial circunstancia con este producto que consumen millones de personas –el tabaco– que es cuestionado por la comunidad científica, nos lleva a concluir que, si en algún aspecto se puede considerar como tal, la libertad de fumar no es libertad.

Según cifras del "Atlas de Tabaco", una extraordinaria publicación que brinda mucha información sobre los efectos nocivos del tabaco, en el mundo existen mil millones de varones fumadores. De ellos, el 35% de los hombres que viven en países ricos fuma, cifra que se incrementa hasta el 50% entre quienes habitan en naciones en desarrollo. Respecto a las mujeres, alrededor de 250 millones fuman diariamente: 22% de ellas pertenece a los países desarrollados y el 9% de las de los países pobres²².

A pesar de lo que pudiera pensarse por toda la información existente sobre el daño que produce el tabaco, el consumo global de cigarrillos ha ido incrementándose. "El número total de fumadores está aumentando principalmente debido a la expansión de la población mundial"²³. El Atlas del Tabaco es contundente en sus apreciaciones sobre el daño del tabaquismo:

"El tabaquismo mata entre un tercio y la mitad de todas las personas que han fumado a lo largo de todas sus vidas, y en promedio los fumadores viven 15 años menos que los no fumadores. Si la tendencia actual continúa, el tabaco habrá matado anualmente 7 millones de personas para el año 2020 y más de 8 millones de personas para 2030.

Muertes atribuidas

La mortalidad atribuible al tabaco va en rápido aumento en los países en desarrollo, y para el año 2030 cerca del 83 por ciento de las muertes mundiales por el tabaco ocurrirán en países de ingresos medios y bajos. El tabaco mata a más hombres que mujeres en todo el mundo debido a que la prevalencia histórica

²¹ TEIXEIRA DO CARMO, Juliana, ANDRÉS-PUEYO, Andrés y Esther ÁLVAREZ LÓPEZ. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE TABAQUISMO. Cuadernos de Saúde Pública vol.21 Nº 4 Río de Janeiro July/Aug. 2005 (en línea). En: http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000400002. Fecha de consulta: 1 de junio de 2011.

²² OMA R SHAFÉY, Omar, ERIKSEN, Michael, ROSS, Hana y Judith MACK. Atlas del Tabaco. 3.ra ed. Sociedad Americana del Cáncer, Atlanta, Georgia. 2007. p. 23.

²³ Ibidem. p. 34.

del tabaquismo ha sido más alta entre los hombres que entre las mujeres. Sin embargo, debido a que los índices de consumo de tabaco están aumentando en muchos países entre las mujeres, especialmente entre mujeres jóvenes, la brecha en los índices de muertes por el tabaco entre hombres y mujeres se está cerrando. El tabaco también ocasiona cientos de miles de muertes al año entre no fumadores. La exposición ocupacional al tabaquismo ambiental mata a 200.000 trabajadores por año, mientras que la exposición al tabaco en los hogares y en zonas públicas mata miles más de bebés, niños, fetos y adultos. Los niños con sistemas orgánicos en desarrollo y las personas con enfermedades preexistentes del corazón y los pulmones son particularmente vulnerables. Cien millones de personas murieron por causa del tabaco en el siglo XX. A menos que se implementen medidas efectivas para prevenir que los jóvenes comiencen a fumar y para ayudar a los fumadores actuales a abandonar el hábito, el tabaco matará a mil millones de personas en el siglo XXI²⁴

Un reciente estudio de CEDRO señala que en el Perú, el tabaco es la segunda droga más consumida luego del alcohol. Afirma que "El último estudio epidemiológico nacional realizado por el ente rector de control de drogas en el país, evidencia que 18.4% de la población nacional comprendida entre los 12 y 64 años, fumó en los últimos 30 días." Agregando de modo alarmante:

"Los estudios nacionales realizados por DEVIDA (Comisión Nacional para el Desarrollo y una Vida sin Drogas, ente rector de drogas del país) y CEDRO (Centro de Información y Educación para la Prevención del Abuso de Drogas) señalan que existiría una mayor concentración de consumidores de tabaco en niveles socioeconómicos bajos, tal como sucede en otras partes del mundo, con el consecuente impacto que esto representa en salud, economía y bienestar"²⁵.

Tabaco y
drogas

El Perú cuenta en la actualidad, aproximadamente, con 30 millones de personas donde, nada menos que ocho millones de ellas han probado tabaco y un millón de personas son consideradas como fumadores permanentes²⁶. Al respecto, la British American Tobacco, señala que un fumador permanente o regular fuma alrededor de 7 o más cigarrillos a la semana; mientras que un fumador ocasional es aquel que fuma menos de 7 cigarrillos a la semana²⁷.

Sin embargo, un estudio llevado en el 2006, por "CONECTA ASOCIADOS", por encargo de la British American Tobacco Perú, establece alarmantemente que el

²⁴ Ibidem. p. 39
²⁵ CEDRO - HEATH BRIDGE. Tabaquismo en hogares Pobres del Perú. Informe Final. Centro de Información y Educación para la Prevención de Abuso de Drogas. Lima, Perú 2010. p. 4
²⁶ LA REPUBLICA. Situación del tabaquismo en el Perú 2010. Entrevista a Alfredo Guerreros Benavides. Diario La República del 1 de junio del 2011.
²⁷ British American Tobacco (en línea). www.batperu.com. Fecha de consulta: 11 de junio del 2011.

15% de adultos de las principales 15 ciudades del Perú son fumadores regulares y que cada uno de ellos consume diariamente 4.45 cigarrillos²⁸

Más aún, es más preocupante lo señalado por un importante estudio llevado a cabo en el 2004, el cual concluye textualmente que *“la edad de media de inicio promedio en el uso del tabaco es de 17 años y 16 años en varones. Se ha observado que las mujeres vienen adoptando los patrones de uso de los varones, con un incremento en el nivel de riesgo de dependencia y enfermedades causadas por este uso”*.²⁹

Todo esto evidencia que el tabaquismo es no solo una enfermedad convertida en epidemia, sino que constituye una práctica producida por una sociedad de consumo incentivada por una industria muy agresiva en sus políticas de expansión, que ha demostrado además poco interés por la salud e integridad del ser humano. El consumo del tabaco, que está destruyendo y eliminando a un sector de la humanidad (y por cierto, de los peruanos), no puede sostenerse en una negada libertad, pues estamos frente a procesos adictivos que no son controlados y que ocasionan serio deterioro a la salud y hasta la muerte. A eso agreguemos que se trata de un consumo que tiene en la gente joven y aún en los adolescentes y personas de bajos recursos a sus consumidores más acérrimos.

En este sentido, como lo plantea el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud, cualquier medida de lucha contra el tabaco, está absolutamente justificada.

IV. TABAQUISMO Y POBREZA

Seguimos en esta parte un importante estudio del Centro de Información y Educación para la Prevención del Abuso de Drogas – CEDRO, denominado *Tabaquismo en hogares pobres del Perú*³⁰, que estimamos debe ser tenido en cuenta en la sentencia.

La cuestión es controvertida. Conforme a estimados de la OMS, el 84% de fumadores vive en países pobres, donde la carga de enfermedades y muertes relacionadas con el tabaquismo está creciendo rápidamente. La relación pobreza y tabaquismo es más que evidente.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ministerio de Salud del Perú. 2004 (en línea)

http://www.minsa.gob.pe/portada/Especiales/2011/antitabaco/docsTrab/cuaderno15_tabaquismoescolaressecundaria.pdf. Fecha de consulta: 1 de junio del 2011.

³⁰ Centro de Información y Educación para la Prevención del Abuso de Drogas (CEDRO). *Tabaquismo en hogares pobres del Perú*. Lima, 2010. Es un estudio efectuado durante 6 meses (de junio a diciembre del año 2010) en tres ciudades, una de cada región natural del país (Costa, sierra y selva peruana), a saber Huamanga, Tarapoto y Lima.

El citado estudio nos indica que aunque parezca increíble, dentro del porcentaje de fumadores, la población que se encuentra en situación de pobreza, destina también un porcentaje considerable que debería ser utilizado para la satisfacción de sus necesidades básicas. No solo es un fenómeno peruano, ocurre en otras partes del mundo³¹.

Ello significa un grave problema para el país, pues al reducirse la canasta básica de este tipo de familias, que es de por sí bastante precaria, el nivel de vulneración y pobreza también se verán incrementados. Afectará, por un lado, las probabilidades de enfermedades que se incrementan debido al consumo de tabaco; y por otro, las posibilidades de sostener un adecuado tratamiento médico al presentarse alguna enfermedad se reducen, dada la disminución sobrevenida de sus recursos, que en un principio son ya bastante precarios. En estos casos, deberá ser el Estado el que afronte la curación de estas personas.

Para aclarar un tanto más lo que venimos señalando, podemos listar los principales factores que hacen que esta dualidad signifique un lastre para el país, debido al retroceso que ello significa para la misma población que lo consume, éstos son:

- Los principales consumidores del mismo son, generalmente, cabezas de familia, quienes utilizan un porcentaje importante del monto destinado al gasto de sus necesidades básicas.
- Son poblaciones que de por sí ya son consideradas vulnerables, debido a los escasos recursos que presentan para afrontar diversas necesidades como alimentación, salud, vestimenta, entre otros.

La relación pobreza-consumo de tabaco se demuestra claramente en este estudio, observándose que fuman más aquellos que tienen un menor nivel de ingresos:

- Las familias que perciben un ingreso mensual de S/. 250 a S/. 550 fuman en promedio 4.3 cigarrillos diarios,
- Las que perciben un ingreso entre S/. 551 a S/. 1,100 fuman 3.5 cigarrillos al día, y
- Las que tienen ingresos superiores a los S/. 1,101 fuman en promedio 3.2 cigarrillos por día;

Es decir, según se indica en el estudio realizado, la cantidad de cigarrillos fumados en el día por los pobres es inversamente proporcional a los ingresos percibidos: fuman más quienes ganan menos. En ese sentido, vemos que los gastos en tabaco representan una pérdida de dinero que podría destinarse a

³¹ Centro de Información y Educación para la Prevención del Abuso de Drogas (CEDRO). pp. cit p. 3-5.

cubrir necesidades básicas como alimento, educación, atención sanitaria y otros aspectos que hacen al bienestar y desarrollo de las personas, contribuyendo de esa manera a incrementar la brecha entre los pobres y los no pobres, debido a la ineficiente inversión de recursos que realizan los mismos.

La cuestión no es irrisoria, pues lo que acontece aquí es que 9 de cada 10 hogares de bajos recursos económicos invierten más del 6% de sus ingresos en adquirir cigarrillos para su consumo. Téngase en cuenta que según CEDRO los peruanos gastan al año 400 millones de nuevos soles en consumo de tabaco.

Finalmente, lo más lamentable de este problema que enfrenta el país, es que ello tiene graves consecuencias en la salud. En efecto, los estudios realizados por el CEDRO, a las poblaciones pobres, determinaron lo siguiente:

- El 10% de los hogares reporta un problema de salud a consecuencia del consumo del tabaco.
- El 50% de éstos, señalan haberlo tenido en el último año.
- El 30% de la población lo tuvo en el último mes.
- Y, por último, un 20% de la población lo habría presentado hace más de un año³².

Dichas consecuencias, generadas por el consumo de tabaco, generan un gasto adicional al hogar, que se constituye en un claro ejemplo de lo que significa para el mismo la pérdida de oportunidades, dado que este dinero podría haberse dirigido por ejemplo, a una mayor cantidad de suministros alimentarios (y no alimentarios también) para la familia. Por cierto, significará un millonario gasto al Estado, pues ante la imposibilidad de que la persona pobre pueda sufragar los gastos de curación de su salud, ello tendrá que ser cubierto por el Estado, implicando ello que finalmente en un esquema de recursos limitados, alguna persona deberá dejar de ser atendida, frente a aquel por el supuesto ejercicio de su autodeterminación, decidió asumir un hábito que lo enfermó mortalmente. El tabaquismo, esta epidemia mundial y peruana, terminará afectando así la salud de aquellos que no podrán ser atendidos por el sistema de salud público, al tener que asumir este a quien decidió autoenfermarse.

³² Ibidem. p. 16.

V. EL AVANCE DE LA INDUSTRIA TABACALERA

El CMCT de la Organización Mundial de la Salud, señala que es preciso "...mantener la vigilancia ante cualquier intento de la industria del tabaco de socavar o desvirtuar las actividades de control del tabaco, y la necesidad de estar informados de las actuaciones de la industria del tabaco que afecten negativamente a las actividades de control del tabaco".

Lo que indica este párrafo del Preámbulo, es la avasalladora presencia de la industria tabacalera no solo en el mercado, buscando la ampliación de sus consumidores, sino de afectar los intentos por controlar el avance del tabaquismo en los seres humanos por parte de los Estados y la comunidad internacional.

Se trata de un propósito oscuro que se evidencia en la acción que realizan estas empresas en una serie de países, movidos por el afán de lucro. Raydel Valdés-Salgado y otros, en un importante estudio sobre el tabaquismo señala que "La industria tabacalera busca crear dudas sobre los daños causados por el humo de tabaco y al respecto sus actividades en América Latina están bien documentadas".³³

Las tabacaleras mantienen una política agresiva de expansión de sus mercados. Perú es un país atractivo en la región para la industria del tabaco, pues es un país de 30 millones de habitantes, con un consumo relativamente bajo en relación a otros países (el 15% de adultos de las principales 15 ciudades del país son fumadores regulares, y que cada uno de ellos consume diariamente un aproximado de 5 cigarrillos), siendo que el reto es lograr el mayor número de consumidores. Esa es la lógica del mercado.

El consumo en Perú, como en todo el mundo se inicia en la adolescencia³⁴ y cada vez más mujeres entran al grupo de fumadores. Además, como vimos, cada vez más el consumo va extendiéndose a sectores pobres que son los que menos oportunidades de información y educación tienen. Sobre esto es interesante la información que brinda el Atlas del Tabaco para entender por qué nuestros países son atractivos para la industria: "En general, los hombres con mayor educación están abandonando la adicción al tabaco, dejando el hábito de fumar a los hombres más pobres y con menos educación"³⁵. Considerando todo ello las

³³ VALDES-SALGADO, Raydel, AVILA-TANG, Erika, STILLMAN, Frances A, WIPFLI, Heather y) Jonathan M SAMET. op. cit. p. 335.

³⁴ ¿Le importa ello a las tabacaleras? El Atlas del Tabaco dice que en muchos casos (Nigeria), nuevos fumadores ingresan al mercado a una edad muy temprana: Parece ser muy común que sea ya a los 8 o 9 años". OMA R SHAFÉY, Omar y otros. op. cit. P. 63

³⁵ Ibidem. p. 23.

medidas antitabaco existentes en nuestro país son consistentes y están bien justificadas.

La agresividad de la industria está desnudada. Se percibe que sostiene una política sistemática de desinformación con la finalidad de mantener en confusión e incertidumbre a los consumidores y público en general sobre los riesgos que implica el tabaquismo. Asimismo, los autores señalan que esta industria intenta obstaculizar el desarrollo de las políticas de regulación, ejerciendo presión en los distintos niveles de gobierno y sobre representantes políticos. Así, difunde la impresión de que la regulación del consumo de tabaco es socialmente controvertida. El Atlas del Tabaco ha señalado de manera descarnada la manera en que estas empresas buscan influir en las decisiones políticas:

“La industria del tabaco gasta miles de millones de dólares para influenciar las políticas públicas. Las compañías de tabaco realizan grandes contribuciones en efectivo para funcionarios electos, candidatos y partidos políticos; subvencionan viajes aéreos; y financian eventos políticos de recaudación de fondos, convenciones y ceremonias de investidura. La compra de influencias y favores a través de las contribuciones políticas es una práctica común; sin embargo, la mayoría de los países no exigen informes obligatorios de los incentivos de la industria del tabaco. En Estados Unidos, las tabacaleras donaron más de 34,7 millones USD a candidatos federales, partidos políticos y comités de acción política entre 1997 y 2007.

Para mejorar su imagen pública, las compañías de tabaco usualmente donan un pequeño porcentaje de sus ganancias a organizaciones cívicas, educativas y caritativas en todo el mundo. La aceptación de donaciones de las compañías de tabaco es controversial dentro de la comunidad académica y muchas instituciones se niegan a aceptarla para proteger su integridad académica. Las compañías de tabaco pueden patrocinar investigaciones, asegurando total independencia, pero luego ocultan cualquier hallazgo desfavorable. Los hallazgos que apoyan la industria del tabaco han sido publicados sin la divulgación adecuada de la identidad del patrocinador. A pesar del largo historial de la industria del tabaco en la compra exitosa de políticas públicas e investigación científica favorables, el peso de la evidencia científica y la corriente de políticas públicas continúan en aumento contra las grandes tabacaleras”³⁶

Como dijo Everett Koop, el ya citado del Cirujano General de los Estados Unidos, de modo contundente:

³⁶ Ibidem. p. 61

"Las mentiras de la industria del tabaco son casi dignas de admiración. Siempre están un paso más adelante que nosotros, y tienen enormes recursos... Es como usar un mosquete de avancarga contra una ametralladora".³⁷

El Atlas del Tabaco tiene unas citas muy interesantes para tener en cuenta respecto a la conducta de la industria, provenientes de archivos desclasificados³⁸:

"Cerca del 90% de la legislación a nivel estatal que afecta (negativamente) nuestra industria no será aprobada... (¿Por qué?) Porque somos buenos. Eso puede sonar arrogante, pero no sé de qué otra manera decirlo" (Walker Merryman, Vicepresidente, Instituto del Tabaco, EE. UU., 1989)

"El año entrante, por lo tanto, tenemos que hacer más lobby y más sesiones informativas con los políticos y líderes del gobierno (de Kenia) por medio de contactos formales e informales" (Agriconsult, 1991).

"En las Filipinas hemos retrasado con éxito la aprobación de la legislación nacional y más recientemente la legislación local" (Philip Morris, 1989)

"Nuestro objetivo es limitar la introducción y difusión de las restricciones al tabaquismo y mantener la amplia aprobación social del tabaquismo en Asia" (Philip Morris, 1989).

No existen registros de los lobbies de la industria en el Perú, pero nada demuestra que aquí busquen actuar de modo diferente.

VI. LA EVOLUCIÓN SOBRE EL CONTROL DEL HUMO DEL TABACO EN LA LEGISLACION COMPARADA

Desarrollando el CMCT y, aún antes, muchos países han aprobado reformas legislativas orientadas al control del humo del tabaco y para frenar el tabaquismo. Sin embargo, estamos en una segunda generación de reformas que

³⁷ Ibidem. loc cit.

³⁸ Citas que provienen según el Atlas del Tabaco que lograron desclasificar documentos: *"La litigación contra la industria tabacalera ha dado a conocer millones de documentos secretos que contienen revelaciones acerca de la conducta de la industria tabacalera que han hecho progresar los esfuerzos de control del tabaco alrededor del mundo. La liberación al público de estos documentos ilustra claramente el poder de exponer la mala fe corporativa de la industria tabacalera para influenciar profundamente la opinión pública. Bajo el Acuerdo Maestro Transaccional de EE. UU., se requería que los fabricantes de cigarrillos revelaran documentos internos e hicieran que los registros estuvieran disponibles en Internet". Ibidem. p. 62.*

apuntan a espacios 100% libres de tabaco, como la que tenemos en Perú a partir de la Ley N° 29517. Sobre ello, Raydel Valdés-Salgado y otros afirman que:

*"Pero sobre todo, la creación de espacios 100% libres de humo de tabaco es una medida efectiva porque reduce la prevalencia de consumo de tabaco, el número promedio de cigarrillos por día y promueven la cesación. Lo anterior se logra cuando se vela estrictamente por el cumplimiento de la ley; si sólo existe una legislación fuerte que se cumple relajadamente, su impacto será prácticamente nulo".*³⁹

Agregando:

*"Un metaanálisis que incluyó 26 estudios sobre el impacto de la prohibición de fumar en lugares de trabajo en EUA, Canadá, Australia y Alemania concluye inequívocamente que la medida no sólo protege a los no fumadores de la exposición al humo de tabaco, sino que también estimula a los fumadores a reducir su consumo. Existe una gran diferencia en el impacto que se logra con restricciones totales a cuando sólo existe una restricción parcial. Se ha estimado que donde existe una legislación integral y sobre todo, que se vela por su cumplimiento, puede reducir el consumo de cigarrillos..."*⁴⁰

Es decir, las medidas tienen un efecto positivo importante y no corresponden a una decisión equivocada. Se tratan de decisiones que generan resultados y que están probadas en otros lados, lo que ha sido una cuestión favorable para que el Perú se sume al conjunto de países de avanzada que protegen a su población respecto a los serios problemas que ocasiona el tabaquismo.

6.1. Europa y el tabaquismo

Cada año en Europa 650 mil personas, cifra mayor que la población de Malta o Luxemburgo, mueren prematuramente por causa del tabaquismo. Además, 19 mil europeos pierden la vida por causa del tabaquismo pasivo.

La política europea de control del humo del tabaco está construida sobre tres pilares principales: la legislación, las campañas de información y los tratados internacionales.

Desde los años 80, múltiples iniciativas legislativas han sido desarrolladas en la Unión Europea para reducir el tabaquismo. El objetivo era, por una parte, reglamentar los productos del tabaco para garantizar normas armonizadas y

³⁹ VALDÉS-SALGADO, Raydel y otros. op. cit. p. 337.

⁴⁰ Ibidem. loc cit. Este estudio tiene la siguiente referencia: Fichtenberg CM, Glantz SA: Effect of smoke-free workplace on smoking behaviour: systematic review. BMJ 2002; 325:188.

una información apropiada para los consumidores y, por otra parte, imponer ciertas restricciones a la comercialización de los productos del tabaco por razones de salud pública.

Hoy día la legislación de control del tabaquismo se resume en lo esencial en dos actos legislativos: los productos del tabaco y la publicidad del tabaco. Periódicamente la Comisión Europea verifica y vigila que las legislaciones internas sigan la misma vía y que tomen en cuenta los nuevos desarrollos.

Se impone en Europa la obligación a la industria para que informe sobre los perjuicios a la salud en sus productos y se obliga a dar una información completa sobre los ingredientes utilizados en sus productos. También ha definido las tasas máximas en alquitrán, nicotina y otros productos nocivos en los cigarrillos.

Por su lado, la directiva sobre la publicidad sobre el tabaco de 2003, prohíbe la publicidad transfronteriza a favor de productos del tabaco en los medios impresos, por radio y en los servicios en línea. Prohíbe igualmente el patrocinio de eventos internacionales si tienen como objeto la promoción de productos relacionados con el tabaco. La publicidad a favor al tabaco por televisión está prohibida desde 1989.

Esta prohibición global de la publicidad en los países de la Unión Europea, constituye la piedra angular de una política de lucha contra el tabaco eficiente y contribuyen a hacer del tabaco algo menos visible y menos atractivo.

Ambientes libres de humo de tabaco

Aproximadamente un tercio de los países de la Unión Europea han adoptados una legislación global a favor de ambientes libres de humo y tabaco y los efectos saludables inmediatos son impresionantes. Por ejemplo, la cifra de crisis cardíacas ha bajado en proporciones que van del 11 al 19%.

El 30 de junio de 2009, la Comisión Europea presentó una propuesta de recomendación al Consejo Europeo, invitando a los Estados miembros para tomar medidas destinadas a proteger a sus ciudadanos contra la exposición al humo del tabaco para el 2012⁴¹. La propuesta relativa a ambientes sin humo invita a los Estados a adoptar y aplicar leyes protegiendo a los ciudadanos del humo en lugares públicos cerrados, en los transportes públicos y en los lugares de trabajo.

⁴¹ La propuesta hecha por la Comisión Europea es para que en el 2012 todos los países comunitarios declaren bares y restaurantes libres de humo.

Puede decirse que el movimiento en pro de la defensa del derecho fundamental a la salud respecto al tabaquismo en Europa es constante y de una marcada evolución hacia lugares libres 100% de humo de tabaco. El médico Andrzej Ryś, Director Salud Pública de la Unión Europea, afirma que:

*“Es esencial luchar contra el tabaquismo para mejorar la salud pública (...) Esta lucha es un desafío permanente, y por eso elaboramos legislaciones, participamos en iniciativas internacionales de lucha anti tabaco y financiamos campañas de prevención de gran escala. Pero todavía tenemos mucho que hacer. La Comisión va a seguir invertirse en esta lucha, porque toda disminución del tabaquismo representa una ganancia inmensa en términos de salud y de calidad de vida para todos los ciudadanos”.*⁴²

En esto es evidente la respuesta de modelos como el francés en donde se han establecido lugares libres del humo de tabaco. Si bien, como veremos, se autoriza la posibilidad de lugares para fumadores, estos son tan complejos que deben ser autorizados por una autoridad rigurosa y funcionan como guetos, en donde no pueden ingresar sino las personas informadas y ningún empleado puede entrar ahí antes de una hora de haber sido utilizado (es decir, no hay atención en estos lugares).

El caso español, que entendemos ha sido citado en la demanda, ofrece una solución radical y distinta a la informada al Tribunal Constitucional: no se puede fumar en lugares cerrados, incluido bares y restaurantes. La reciente Ley 42/2010, de 30 de diciembre de 2010, modifica la Ley 28/2005, e incrementa de modo eficaz la prohibición de fumar, estableciendo lugares 100% libres de humo de tabaco, incluidos bares y restaurantes. No hay excepciones.

Alemania, Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Reino Unido, Rumanía y Suecia, siguen esta misma vía de lugares 100% libres de tabaco, incluidos bares y restaurantes.

Todo ello indica que el mundo va en esta dirección: lugares 100% libres de humo de tabaco; la cuestión es si el Perú ya ha avanzado en esta ruta, debería retrocederse respecto a esta tendencia mundial, ¿lo permitirá nuestro Tribunal Constitucional? Creemos que no es lo mejor, ni lo más razonable.

⁴² Documento en línea. En:

http://ec.europa.eu/health/archive/ph_information/documents/tobacco_control_fr.pdf. Fecha de consulta: 1 de junio de 2011.

El caso francés

La primera ley importante en el camino de la lucha antitabaco en Francia fue la Ley del 9 de julio de 1976 (Loi Veil), que estableció la obligación del etiquetado de producto peligroso a los paquetes de cigarrillos, prohibía fumar en ciertos lugares públicos y reglamentó la publicidad a favor del tabaco. El Decreto del 15 de noviembre del 2006 establece que desde el 1 de febrero de 2007 está prohibido fumar en todos los lugares cerrados de uso público o que constituyen un lugar de trabajo, en los establecimientos de salud, en el conjunto de los servicios de transporte público, en el interior (incluso lugares abiertos) de las escuelas, colegios, liceos públicos y privados y los lugares para la formación o el cuidado de menores de edad.⁴³

Al nivel jurisprudencial, el 29 de junio de 2005, la Corte de Casación ha dispuesto que un empleado puede estimarse despedido si su empleador no exige el respecto de la ley anti tabaco en su empresa. El empleador tiene una obligación de resultado en materia de protección de sus empleados frente al tabaquismo dice la Corte.

Comparación europea

La siguiente es la información sobre los países europeos que han decidido aplicar restricciones y tener lugares 100% libres de humo de tabaco⁴⁴:

⁴³ No obstante, en los lugares cerrados y cubiertos, el responsable del establecimiento podrá decidir la creación de lugares reservados a fumadores, instalación sometida a la conformidad de la Comisión de Higiene y Seguridad. Para proteger a los fumadores pasivos, estas instalaciones tienen que ser cerradas, equipadas de dispositivos de ventilación potentes y ninguna prestación puede ser ofrecida, de manera que ningún empleado del establecimiento tiene que ingresar una hora antes del fin de la utilización del lugar. Son los denominados "cubículos", pero debe señalarse que estas áreas han fracasado al no llegar al 1% el porcentaje de locales que las han instalado, por lo que la prohibición en Francia se puede asimilar en la práctica a la restricción total.

⁴⁴ Irlanda fue el primer país europeo que decidió acabar con el humo, aunque permite algunas excepciones "por razones humanitarias", como habitaciones de hotel, prisiones, residencias u hospitales psiquiátricos, prácticamente las mismas que contempla la legislación española. Reino Unido al igual que la irlandesa, incluye algunas excepciones. Otros contemplan la posibilidad de fumar en salas totalmente separadas de los establecimientos mediante tabiques en todos sus lados, con una puerta de cierre automático y con un potente sistema de ventilación. Son los denominados "cubículos" que en el caso de Italia o Francia, han fracasado al no llegar al 1% el porcentaje de locales que las han instalado, por lo que la prohibición en estos países se puede asimilar en la práctica a la que a partir de principios de enero regirá en España. También forman parte de este grupo Suecia, Finlandia, Holanda, Estonia, Letonia, Lituania y Eslovenia. En estos países, las terrazas se han convertido en el último reducto de los fumadores, siempre que estén abiertas por el techo o por su fachada principal. Fuente: ABC SOCIEDAD (en línea). En: <http://www.abc.es/20110101/sociedad/abci-espana-antitabaco-201101010937.html>. Fecha de consulta: 12 de junio del 2011.

Alemania
Está prohibido desde 2008 fumar en lugares públicos, incluidos bares y restaurantes.
Bulgaria
Prohibición de fumar en los lugares públicos desde 1974 y en los lugares de trabajo desde 2005.
España
Interdicción total de fumar desde el 1 de enero de 2011, incluidos bares y restaurantes.
Eslovaquia
Interdicción de fumar en los establecimientos públicos, cafés y restaurantes.
Eslovenia
Interdicción de fumar en los establecimientos públicos.
Grecia
Interdicción de fumar en los lugares públicos y los lugares de trabajo desde 2003.
Irlanda
Interdicción de fumar los lugares públicos desde el 24 de marzo de 2004.
Italia
Interdicción de fumar en los lugares públicos desde el 10 de enero de 2005.
Lituania
Interdicción total de fumar en los lugares públicos desde 2007.

Luxemburgo
Interdicción parcial desde septiembre de 2006.
Malta
Interdicción total de fumar en los lugares públicos desde marzo de 2005.
Rumanía
Interdicción de fumar en los lugares públicos y los lugares de trabajo desde 2002.
Reino Unido
Interdicción total de fumar prevista por decreto del 14 de febrero de 2006 entrado en vigor el 1 de julio de 2007.
Suecia
Interdicción de fumar en los hospitales y los establecimientos escolar desde 1993. Interdicción en los restaurantes, bares y cafés desde 2004.

6.2. EE.UU y el tabaquismo

Otro lugar de importancia a analizar, es el caso de la situación normativa contra el tabaco en los Estados Unidos. Como es obvio, al tratarse de un Estado federal existe la complejidad de que la legislación es diferente en cada Estado, pero, sin duda, aquí también existe el debate que se da en todos los países para liberar al 100% los lugares públicos del humo del tabaco. Solo vamos a abordar el caso específico de cinco Estados⁴⁵.

En los lugares públicos cerrados en Norteamérica (comerciales y no comerciales), en su mayoría está prohibido fumar, estableciéndose además sanciones económicas o administrativas (como en el caso del Estado de California). Las excepciones a esta prohibición son mínimas, y sobre todo, muy detalladas en su reglamentación, haciendo que con ello, se restrinja o disminuya el consumo del cigarrillo y de los productos que contienen tabaco, pero no sólo ello, sino actuando con la mayor determinación para salvaguardar la salud

⁴⁵ Información obtenida desde la página web de la American Lung Association (<http://www.lungusa.org>). Fecha de consulta: 1 de junio del 2011.

pública, focalizar su atención en los llamados "fumadores de segunda mano" o "fumadores pasivos".

Llama especial atención que la mayoría de la legislación por cada Estado, ha sido emitida en los últimos años, hablamos del 2000 en adelante. Ello contribuye a que el mensaje a la población estadounidense sea entendido más como uno de restricción y ya no tanto, como el de libertad al elegir fumar o no. Por esta razón, podemos concluir que la legislación norteamericana ha progresado de manera sustantiva en los últimos años, comprendiendo el real efecto dañino del consumo del tabaco.

Sin duda, transitan en una vía sin retorno hacia espacios libres de humo de tabaco. En Nueva York, en el emblemático Central Park se encuentra prohibido fumar, lo que expresa un signo de los nuevos tiempos.

Veamos la realidad normativa del District of Columbia, New York, Florida, California y Utah.

District of Columbia

La norma pertinente que regula las restricciones para fumar en el District of Columbia, es el D.C. CODE ANN. § 7-731, Parte B, §§ 4915 a 4921 (2006).

Fumar está prohibido en los centros de trabajo y en los lugares públicos. Un lugar público es definido como un área encerrada donde el público es invitado o se permite su ingreso, incluyendo restaurantes, bares o tabernas.

Los centros de trabajo, tanto edificios privados como edificios públicos, están comprendidos en esta prohibición en toda su extensión, es decir, incluye además de las áreas de trabajo, las áreas de descanso, cafeterías, servicios higiénicos, salones, entre otros.

También cabe resaltar que, ninguna persona puede fumar en escuelas, lugares destinados al cuidado de los niños, así como en los hospitales y centros de atención médico.

Respecto a los restaurantes, la norma prohíbe textualmente y en su integridad el fumar, al igual que para los bares, tabernas, nighthclubs, pubs; sin embargo, existen excepciones, tales como los denominados "Tobacco Bars"⁴⁶ o las áreas al aire libre de estos establecimientos.

⁴⁶ Los "Tobacco Bars" son definidos como aquellos restaurantes, tabernas, clubs o night clubs que generen 10% o más de sus ganancias anuales en la venta de tabaco y productos relacionados a ellos.

Nueva York

De acuerdo a la N.Y. [PUB. HEALTH] LAW §§ 1399-n et seq. (2003), está prohibido fumar virtualmente en todos los lugares públicos⁴⁷, lugares de trabajo, incluyendo a restaurantes, bares entre otros⁴⁸.

Para el Estado de Nueva York, también prohido fumar está en los centros laborales, sean privados o públicos. Están comprendidos en esta prohibición en toda su extensión las áreas de trabajo, las áreas de descanso, cafeterías, servicios higiénicos, salones, entre otros.

De otro lado, es importante resaltar que, de acuerdo a la N.Y. [EDUC.] LAW §§ 409 (2) y a la N.Y. [PUB. HEALTH] LAW §§ 1399-n et seq. (2003), fumar se encuentra prohibido en escuelas, en sus oficinas, en sus vehículos de transporte, así como en los lugares reservados para el personal de la escuela. Asimismo, en base a la última norma, el fumar está prohibido también en los hospitales y en todos los lugares de tratamiento médico y psicológico.

Respecto, específicamente a los restaurantes y servicios de comida, la norma dispone que ninguna persona puede fumar allí, aunque quedan exceptuados de hacerlo en los establecimientos al aire libre o los que no tengan techo, siempre y cuando la zona de fumadores señalizada no constituya más del 25% de la superficie total de asientos al aire libre, distanciada debidamente del área de no fumadores.

Ahora bien, con referencia a los bares, tal como hemos señalado en líneas anteriores, está prohibido fumar en estos lugares; sin embargo, hay excepciones, como los denominados "Cigar Bars"⁴⁹, los mismos que deben ser registrados anualmente para su funcionamiento, además de cumplir con una serie de requisitos, tales como: si es que el año anterior a su renovación ha cumplido con que la venta de productos de tabaco represente el 10% de sus ingresos brutos anuales, con que no haya expandido su tamaño, ni cambiado la ubicación de su dimensiones o localización desde el 31 de diciembre del 2002.

Florida

Para el Estado de Florida, de acuerdo a la FLA. STAT. ch. 386.201 et seq. (2003), está prohibido fumar en la gran mayoría de los lugares públicos y centros de trabajo en edificios privados y públicos, restaurantes y lugares de

⁴⁷ Esta definición incluye también a bancos, instituciones financieras, industria, cafeterías, auditorios, gimnasios, museos, librerías, y todos los lugares de servicios.

⁴⁸ American Lung Association., op cit.

⁴⁹ Similares a los "Tobacco Bars".

juego.

Dentro de su ordenamiento, no deja de llamar la atención al cuidado que se presta para los casos en que se pueda relacionar al uso del tabaco con la educación. Así, conforme a la FLA. STAT. ch. 386.203, 386.204 y 386.212 (2003), el fumar está prohibido en las escuelas y demás centros educativos; además, vale anotar la prohibición de que cualquier persona menor de 18 años fume dentro de los 300 metros, aproximadamente, del establecimiento educativo entre las 6 de la mañana y la medianoche.

Asimismo, fumar también está prohibido en los lugares de cuidado de niños y en los hospitales y centros de atención médica, de acuerdo a la FLA. STAT. ch. 386.203 y 386.204 (2003).

De otro lado, en base a la referida legislación, ninguna persona puede fumar en los restaurantes y bares, advirtiendo que esta prohibición deviene porque ambos son lugares de trabajo:

California

De acuerdo a la CA LABOR CODE § 6404.5 (2007) está prohibido fumar en la gran mayoría de los lugares públicos y centros de trabajo (públicos y privados), restaurantes y bares⁵⁰.

Respecto a las escuelas, la norma pertinente es la CA EDUC. CODE § 48900 y 48901 (1986), la misma que dispone además la prohibición del uso de productos que contengan tabaco o nicotina dentro del campus.

Asimismo, la posesión de la nicotina o el uso del tabaco se considera motivo de suspensión o expulsión. Dé otro lado, también cabe resaltar que, fumar se encuentra prohibido en los lugares destinados al cuidado de los niños, lugares de recreo, en los hospitales y lugares para el tratamiento médico, así como en los lugares de detención carcelaria.

Utah

De acuerdo al UTAH CODE ANN. §§ 26-38-1 et seq. (2009), está prohibido fumar virtualmente en todos los lugares de acceso al público, incluyendo todos los restaurantes, bares y clubes privados.

⁵⁰ Excepcionalmente, se permitirá fumar en los lugares denominados "break-rooms" que son espacios separados, directamente ventilados hacia el exterior, localizado en un área de no trabajadores, donde nadie es requerido a que ingrese a él como parte de sus labores.

Asimismo, para el Estado de Utah, fumar también está prohibido en los centros de trabajo, sean privados o públicos, centros de cuidado de niños, hospitales, centros médicos y escuelas, no previendo ninguna excepción para estos lugares, ni tampoco para los restaurantes ni bares, ni clubes privados.

6.3. La situación en América Latina

América Latina está avanzando en la misma dinámica europea. A diferencia del viejo continente, aquí existe una tendencia creciente al hábito de fumar, por lo que el establecimiento de políticas que reduzcan o eliminen esta tendencia, será lo más adecuado, para velar por el derecho a la vida y salud en nuestro continente.

Uruguay es el país que inició este camino no sin problemas derivados por la acción de la industria tabacalera, en lo que algunos han denominado la "Guerra del cigarrillo". Se trata de una demanda iniciada por la Philip Morris, contra el Estado uruguayo por sus normas antitabaco. La empresa considera que se viola un acuerdo bilateral de inversiones entre Uruguay y Suiza, donde tiene sede la tabacalera. El gobierno uruguayo, que cuenta con el apoyo de la Organización Mundial de la Salud y de muchos países del mundo, basa su posición en la protección a la salud de sus ciudadanos⁵¹.

Esto solo demuestra la actitud agresiva de las tabacaleras que en este caso plantean, desde la posición de una multinacional, atacar decisiones soberanas de un Estado.

Lo importante es que en América Latina la vía de zonas libres de humo de tabaco va abriéndose paso. Ya están además de Uruguay, México, Panamá, Perú, Nicaragua, Honduras, Venezuela y Colombia.

México
Ley General para el Control del Tabaco. Aprobada por el Senado de la República. México, 4 de marzo de 2008.
Ley de Protección a la Salud de los No Fumadores en el Distrito Federal.

⁵¹ Philip Morris presentó en marzo de 2010 una demanda ante el Centro Internacional para la Resolución de Disputas sobre Inversiones (CIADI), organismo que depende del Banco Mundial, contra las normas antitabaco de Uruguay.

Aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el 26 de febrero y publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 4 de marzo de 2008, México, 2008.

Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios. Diario Oficial de la Federación, miércoles 27 de diciembre de 2006. Cuarta sección. México, 2006:80.

Mediante la Ley de Protección a la Salud de los no fumadores, se establece protección concreta y zonas libres de humo de tabaco en espacios cerrados de acceso público.

Panamá

Ley N° 13 (24/01/2008) Reglamentada por la Orden Ejecutiva N° 230

Prohibición absoluta en:

- Las oficinas públicas y privadas nacionales, provinciales, comarcales y locales.
- Los medios de transporte público en general y en las terminales de transporte terrestre, marítimo y aéreo.
- Los lugares cerrados de acceso público donde haya concurrencia de personas.
- Los ambientes públicos y privados, abiertos y cerrados, destinados a actividades deportivas.
- Las áreas comunes de los edificios públicos y privados de uso comercial y doméstico.
- Los ambientes laborales cerrados.
- Las instituciones educativas y de salud, públicas y privadas.

Se prohíbe que los locales tengan áreas de fumadores y no fumadores. Contiene estrategias para reducir la oferta y demanda de los productos del tabaco, como:

- No exhibirlo al público.
- No vender juguetes alusivos a cigarrillos, atractivos para los niños.
- Prohibición de vender en cantidades menores a cajetillas de 20.
- Se obliga a colocar en las cajetillas: "FUMAR PUEDE CUSAR LA MUERTE".

Ecuador

Ley Orgánica reformatoria a la Ley Orgánica de defensa del consumidor (Publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 116, 10/06/2000). "Ley Antitabaco"

Se prohíbe el consumo de cigarrillo y otros productos derivados del tabaco en el interior de sitios públicos que, por sus características, propicien el consumo pasivo, esto es: restaurantes, aeropuertos, cines, ascensores, teatros, auditorios, coliseos, estadios, instalaciones destinadas a prácticas deportivas y recreativas; oficinas públicas y dependencias que prestan servicios públicos como: bancos, supermercados, correos; hospitales, clínicas, centros de salud, consultorios médicos, predios, aulas y edificaciones de establecimientos educativos pre-primarios, primarios, secundarios, en las aulas y edificios de las instituciones de educación superior, sean éstos públicos o privados; centros comerciales, como locales que están destinados a la práctica de cultos religiosos y medios de transporte públicos, cualquiera que fuese su tipo en rutas nacionales.

Queda prohibida la creación de zonas para fumadores dentro de los lugares descritos en el artículo anterior, excepto en terminales de transporte aéreo, terrestre y marítimo, en donde podrán crearse salas especiales para fumadores.

Excepcionalmente se tolerará el consumo de cigarrillo en las instalaciones de bares, discotecas, casinos y centros de diversión nocturna. En hoteles, además de los sitios descritos anteriormente, únicamente en habitaciones cerradas y determinadas para fumadores. Todos estos lugares deberán tener sistemas de ventilación o aislamientos adecuados que permitan garantizar la calidad de aire para los no fumadores.

Las instalaciones a que hace referencia el inciso precedente, para su funcionamiento deberán contar con el permiso y calificación de la autoridad sanitaria nacional, para garantizar la no contaminación del aire a los no fumadores.

Colombia

Ley Antitabaco (16/06/2009)

Prohibición del consumo de cigarrillo en las áreas cerradas de los lugares de trabajo, espacios públicos y el patrocinio de eventos deportivos.

Está prohibido el patrocinio de eventos deportivos y culturales por parte de las empresas productoras, importadoras o comercializadoras de productos de tabaco a nombre de sus corporaciones, fundaciones o cualquiera de sus marcas.

No se permite el consumo de tabaco en las áreas cerradas de los lugares de trabajo y/o de los lugares públicos tales como bares, restaurantes, centros comerciales, tiendas, parques, estadios, cafeterías, discotecas, cibercafés,

hoteles, ferias, casinos, zonas comunales, áreas de espera y cualquier lugar donde se realicen eventos de manera masiva.

Brasil

Ley N° 5.820 (03-12-1992)

Establece la prohibición de fumar en todos los espacios cerrados de atención al público, dependientes de los tres poderes del Estado provincial.

Prohíbe fumar en los transportes de pasajeros de corta, media y larga distancia.

Está prohibida la venta de cigarrillos a menores.

Prohíbe la emisión de publicidades que se relacionen con actividades deportivas, en dependencias públicas, en lugares de diversión, plazas, parques, ferias. Establece la obligatoriedad de colocar en todo local privado abierto al público la leyenda "El Fumar es Perjudicial para la Salud" (Ley N° 7.525 del 14/08/03)

Uruguay

Ley N° 18256 (06-03-2008). Control del tabaquismo

Prohíbese fumar o mantener encendidos productos de tabaco en:

- Espacios cerrados que sean un lugar de uso público.
- Espacios cerrados que sean un lugar de trabajo.
- Espacios cerrados o abiertos, públicos o privados, que correspondan a dependencias de:
 - Establecimientos sanitarios e instituciones del área de la salud de cualquier tipo o naturaleza..
 - Centros de enseñanza e instituciones en las que se realice práctica docente en cualquiera de sus formas

En las cajas de cigarrillos se deben usar 6 imágenes definidas con sus correspondientes leyendas y que estas deben ocupar el 80% del envase

En las caras laterales debe estar impresa la leyenda "Este producto contiene nicotina, alquitrán y monóxido de carbono". (Ordenanza Ministerial N° 466/09)

Prohibió la difusión durante el horario de protección al menor de publicidad de productos o marcas de cigarrillos, tabacos y afines en canales de televisión abierta, cerrada, por cable o codificada. (Decreto N° 169/005)

Chile

Nueva Ley Antitabaco, 14/08/2006 (Actualiza la Ley 19.419 del año 1995)

Existe prohibición absoluta e escuelas y colegios; lugares en que se venda combustible; lugares donde se manejen o fabriquen materiales explosivos; medios de transporte público o colectivo y ascensores.

Establece una prohibición relativa referida solo en patios abiertos o espacios al aire libre:

- Recintos o dependencias de los órganos del Estado
- Establecimientos de educación superior, públicos y privados
- Establecimientos de salud, públicos y privados
- Aeropuertos y terrapuertos
- Teatros, cines, lugares en que se presenten espectáculos culturales y musicales
- Gimnasios y recintos deportivos
- Centros de atención o de prestación de servicios abiertos al público en general
- Supermercados, centros comerciales y demás establecimientos similares de libre acceso al público.

(Estos establecimientos podrán tener una o más salas especialmente habilitadas para fumar, menos los dedicados a la atención de salud).

La empresa privada podrá decidir si establece salas especiales. Aunque sólo en la medida que no se dedique a ninguno de los rubros prohibidos. En este excepcional caso, la decisión será de los propietarios o administradores, "oyendo el parecer de los empleados".

En las oficinas con más de 10 personas no se podrá fumar. Sin embargo, y si el número de funcionarios fuera menor a éste, entre ellos deberán llegar a un acuerdo para establecer si se permite o no el consumo en el recinto.

Áreas de fumadores y no fumadores. Los restaurantes, bares, pubs, discotecas, cabaret, casinos de juego, todo lo que se le parezca y que tenga más de 100 metros cuadrados deberán habilitar un área hermética y con ventilación como sector para fumadores.

Venezuela

Resolución 030 del Ministerio para la Salud que entró en vigencia el 31 de

mayo del 2011.

Promuevan espacios 100% libres de humo de tabaco. Los bares y discotecas están incluidas en el grupo de espacios en los que se prohíbe fumar y dentro de ningún área techada o semitechada se puede fumar.

VII. LOS RIESGOS DE UN RETROCESO EN NUESTRA LEGISLACION

El Perú con la reforma a la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco, efectuada por el artículo 2° de la Ley N° 29517, ha dado un paso decisivo para lograr espacios 100% libres de humo de tabaco y controlar de este modo mejor la epidemia del tabaquismo en nuestro país.

No puede dejar de reconocerse que esta política pública alineada al Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud, puede generar debate con cierto sector de personas que son fumadoras y, por cierto, con la propia industria tabacalera.

Estimamos que el "perjuicio" que este sector considera en cuanto a la "necesidad" de fumar o de ganar dinero con el consumo de este producto, es lo que motiva esta demanda de inconstitucionalidad que hace que el Tribunal Constitucional tenga que definir un tema en el cual, desde la posición de nuestra Clínica Jurídica, deben optar por la defensa de la vida y la salud pública, como derechos que protege nuestra Constitución.

7.1. La razón del cambio en la legislación peruana para generar espacios libres 100% del humo de tabaco

Entendemos que fue necesario avanzar en la legislación por una razón real: la normativa anterior que establecía zonas exclusivas para fumadores no se cumplía. Más allá de esta afirmación que se puede efectuar, pues es un hecho objetivo que conoce cualquier limeño o peruano que transita por restaurantes y bares, un estudio efectuado por CEDRO al analizar las políticas de control del tabaco y cumplimiento de la ley anterior⁵², concluyó que:

⁵² Se trata de un estudio seleccionado a través de un muestreo por conveniencia en 10 discotecas, bares y pubs ubicados en 7 diferentes distritos de la ciudad de Lima (Miraflores, Lince, Ventanilla, Barranco, San Isidro, Pueblo Libre, Lima), en el año 2008. CEDRO. Resumen Estudio: Exposición a Humo de Tabaco de Segunda Mano en empleados de Bares, Discotecas y Centros de Diversión. Lima, 2008.

- a. En el 100% de los lugares estaba permitido fumar en cualquier parte del establecimiento.
- b. Existía venta de cigarrillos en el 90% del área total (60% se realizaba en el mostrador y el 20% a través de máquinas expendedoras).
- c. Productos de tabaco eran publicitados en el 40% del ambiente.
- d. Objetos de promoción de las compañías tabacaleras habían sido recibidos en el 20%."

Solo muy pocos establecimientos públicos del país habilitaron áreas exclusivas para fumadores según los requerimientos de la Ley y su reglamento. Lamentablemente se comprobó además que en todos los casos dicha habilitación no garantizaba la no contaminación de la zona de no fumadores. Por ello, la aplicación indebida de la norma se convirtió en lesiva para la salud pública, pues no protegía a los no fumadores, haciendo que la "voluntad" de los fumadores se imponga, agrediendo los derechos de quienes no comparten el hábito de fumar y que exigen un aire limpio.

La labor de supervisión de la autoridad peruana ha sido muy laxa, a pesar que el Perú como país firmante de Convenio Marco para el Control de Tabaco está obligado a desarrollar políticas en ese sentido y hacer que se cumplan. Lastimosamente, el papel de la autoridad no ha permitido un cumplimiento eficaz, afectando con ello a la mayoría de personas no fumadoras que quieren y exigen ambientes libres 100% de humo de tabaco.

La cuestión aquí es gravísima. Un estudio realizado en los primeros meses del 2010 por la Comisión Nacional de Lucha Anti Tabáquica - COLAT, Tobacco Free Kids, el Instituto de Cáncer Roswell Park y con el auspicio de la Organización Panamericana de la Salud, en donde se realizó una evaluación de la contaminación por partículas de humo de tabaco y la calidad de aire en restaurants, cafeterías, pubs, discotecas, bares y karaokes de Lima, demostró que los niveles de contaminación en establecimientos públicos con área para fumadores y donde se permitía fumar, alcanzaban niveles de polución ambiental ocho veces más altas que los niveles de contaminación en lugares 100% libres de tabaco y que estos niveles de contaminación llegaban a ser cuatro veces más altos que los niveles de contaminación encontrados en la Av. Abancay en hora punta⁵³.

[Handwritten signature]

Si no es posible controlar la actividad del tabaquismo en los lugares públicos, es mejor que la norma sea general, para que la exigencia empodere a las y los

⁵³ Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica, Tobacco Free Kids, Instituto de Cáncer Roswell Park y Organización Panamericana de la Salud. Estudio de Calidad de Aire en Establecimientos Públicos del Perú. Lima, 2010.

ciudadanos para exigir su estricto cumplimiento y no existan duda sobre los abusos que pueden realizar los establecimientos.

Pero, más aún, un estudio de la Organización Panamericana de la Salud denominado "Desarrollo de Legislación para el Control del Tabaco. Modelos y guías", señalaba "que la separación de los fumadores y no fumadores en un mismo ambiente, no protege a los no fumadores del daño independientemente del sistema de ventilación utilizado".⁵⁴

La Sociedad Americana de Ingenieros de Calefacción, Refrigeración y Aire Acondicionado, sobre las cuestiones técnicas referidas al humo de tabaco en lugares cerrados como bares, discotecas y restaurantes, ha dicho: "En la actualidad, la única forma de eliminar efectivamente los riesgos a la salud asociados con exposición al humo de tabaco en interiores es prohibiendo fumar".⁵⁵

Por su lado, un documento de la OMS señala que:

"...aunque el aumento de la tasa de ventilación reduce la concentración de los contaminantes en los interiores, se requerirían tasas de ventilación que superaran por más de 100 veces las normas comunes tan sólo para controlar el olor, que por sí solo no es un indicador de la concentración de sustancias tóxicas en el aire, porque la concentración de éstas puede ser elevada, aún en ausencia de un olor fuerte de humo de tabaco.

*Para eliminar las sustancias tóxicas contenidas en el humo de tabaco, la única opción sin riesgo para la salud es contar con tasas de ventilación mucho mayores, que son prácticamente inviables por los altos costos y la estructura física que su instalación implica. Para eliminar del aire las sustancias tóxicas presentes en el humo ajeno se necesitarían tantos cambios de aire que la medida resultaría impráctica, incómoda e inasequible."*⁵⁶

Entonces, si bien se requiere tecnología mayor a la actual, la misma que es muy costosa, si ello se introduce como política, implicará la desaparición de aquellos establecimientos que no podrán asumir los excesivos costos que significará hacer estas instalaciones especiales que, además, como vemos, no elimina las sustancias tóxicas. ¿Cuáles son estos? Los establecimientos pequeños, que no

⁵⁴ Organización Panamericana de la Salud. Desarrollo de Legislación para el Control del Tabaco. Modelos y guías, junio, 2002. Cit por: RADOVIC, Flavia y Carmen BARCO, op cit. p. 11.

⁵⁵ VALDES-SALGADO, Raydel, AVILA-TANG, Erika, STILLMAN, Frances A, WIPFLI, Heather y) Jónathan M-SAMET. op cit: p. 339.

⁵⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Protección contra la exposición al humo de tabaco ajeno. Recomendaciones normativas. Cit. por: RADOVIC, Flavia y Carmen BARCO, op cit. p. 11.

podrán competir con aquellos que ofrezcan todas las opciones. Como ha dicho Raydel Valdés-Salgado y otros:

*"El debate de cómo no afectar a los pequeños propietarios ya se dio en Uruguay y la mejor solución, tanto desde el punto de vista de salud pública, como para no afectar la capacidad de competencia de ningún negocio, fue la prohibición de fumar en todos los lugares públicos, incluyendo bares, restaurantes y casinos a partir de marzo de 2006."*⁵⁷

Sin duda alguna, la decisión del legislador nacional, siguiendo el CMCT, es la mejor y más razonable opción para el control del tabaquismo, produciendo un esquema de igualdad en los establecimientos que reciben a consumidores de todo tipo, no afectándose así los derechos de los no fumadores que, reiteramos, son la amplia mayoría en el país.

Los beneficios son más que evidentes, según Raydel Valdés-Salgado y otros, en el importante estudio sobre el tabaquismo que ha sido citado varias veces en este Amicus curiae:

*"Un primer efecto positivo —que por sí mismo justifica la intervención— es que las leyes que promueven los espacios sin humo de tabaco traspasan el derecho de propiedad sobre aire ambiental de los fumadores hacia los no fumadores y reducen la aceptación de fumar como conducta socialmente establecida. Pero sobre todo, la creación de espacios 100% libres de humo de tabaco es una medida efectiva porque reduce la prevalencia de consumo de tabaco, el número promedio de cigarrillos por día y promueven la cesación. Lo anterior se logra cuando se vela estrictamente por el cumplimiento de la ley; si sólo existe una legislación fuerte que se cumple relajadamente, su impacto será prácticamente nulo"*⁵⁸

Agregando que según otros estudios en EE.UU., Canadá, Australia y Alemania inequívocamente la medida no sólo protege a los no fumadores de la exposición al humo de tabaco, sino que también estimula a los fumadores a reducir su consumo. Señalan que *"existe una gran diferencia en el impacto que se logra con restricciones totales a cuando sólo existe una restricción parcial. Se ha estimado que donde existe una legislación integral y sobre todo, que se vela por su cumplimiento, puede reducir el consumo de cigarrillos hasta 4-8 paquetes por persona por año"*⁵⁹.

Además, los estudios refieren que donde se han puesto en vigor restricciones de este tipo se ha reportado 40% de reducción "...en el número de hospitalizaciones

⁵⁷ VALDES-SALGADO, Raydel, AVILA-TANG, Erika, STILLMAN, Frances A, WIPFLI, Heather y) Jonathan M SAMET. op cit. loc cit.

⁵⁸ Ibidem. p. 337.

⁵⁹ Ibidem. loc. cit.

por infarto agudo del miocardio tras seis meses de entrada en vigor de una ley que prohíbe fumar en lugares públicos y lugares de trabajo en una pequeña comunidad, Helena, del Estado de Montana, EUA. La comparación se hizo respecto del número de hospitalizaciones en los mismos meses del año anterior a la entrada en vigor de la ley. Ese resultado estimuló otros estudios para confirmar un resultado de tan grandes implicaciones en términos de salud pública. Una investigación en Pueblo, otra comunidad pequeña en el estado de Colorado, EUA, analizó las hospitalizaciones por infarto agudo del miocardio registradas un año y medio antes y un año y medio después de la entrada en vigor de una ley similar. También encontró una reducción significativa en el número de hospitalizaciones por infarto (...) El mismo beneficio ha sido reportado en otros contextos. Por ejemplo, un estudio italiano encontró una reducción de 11% en las hospitalizaciones por infarto agudo del miocardio después de la entrada en vigor de una prohibición de fumar (...) En el Estado de Nueva York, EUA, la prohibición total de fumar entró en vigencia en julio de 2003 y el análisis de las estadísticas hospitalarias de 2004 reportó una reducción de 8% en las hospitalizaciones por infarto agudo del miocardio; derivado de tal decremento, se estima un ahorro de 56 millones de dólares de costos directos de atención médica..."⁶⁰

No hay duda sobre los beneficios al derecho a la vida y a la salud, a partir de la introducción de restricciones para el hábito de fumar en lugares públicos cerrados. No es una posición paternalista de control del tabaquismo, es una posición de política pública de salud.

Y más aún, si se estimare que esto puede afectar la libertad de empresa, veamos lo que dicen los estudios:

"Muchos estudios nacionales y locales demuestran que no hay pérdidas económicas asociadas con la implementación de leyes de protección a los no fumadores. Está muy documentado lo sucedido en Noruega⁴⁷ y en California, respecto de que crear espacios libres de humo de tabaco no disminuyó los ingresos del sector de servicios, específicamente bares, restaurantes y hotelería. En el contexto latinoamericano, tenemos evidencia de un estudio econométrico en Uruguay de que la prohibición de fumar no afectó la recaudación en restaurantes y parrilladas en los meses siguientes a la entrada en vigor de la ley en 2006. Tampoco se ha demostrado que la prohibición de fumar afecte a los pequeños negocios, de hecho, datos de la encuesta Zagat demuestran que 96% de las personas en la ciudad de Nueva York van a comer afuera tanto, o más que antes, de que se aplicara la ley. Además, la misma encuesta reporta que los restaurantes y bares de la ciudad se han beneficiado económicamente."⁶¹

Empres...

⁶⁰ Ibidem. p. 337-338

⁶¹ Ibidem. p. 339

7.2. El argumento de la libre autodeterminación de los fumadores

Un argumento que suele presentarse cuando se aprueban leyes que promueven los espacios 100% libres de humo de tabaco viene de la población fumadora: plantean un supuesto derecho de la población fumadora a fumar en lugares públicos y a no ser discriminados. Este es un punto, por lo demás, aprovechado siempre en los cabildeos de la industria tabacalera.

En este punto olvidan el derecho de los no fumadores, que son la mayoría de la población, a respirar un aire limpio sin los contaminantes del humo de tabaco. Es claro que "que sólo pueden ejercer ese derecho cuando por ley se delimita dónde se puede fumar y dónde no"⁶². Sobre el particular, el ya citado Cirujano General de los EE.UU., el doctor Everett Koop, ha dicho:

"El derecho de los fumadores a fumar termina cuando su conducta afecta la salud y el bienestar de los otros; además, es responsabilidad de los fumadores asegurarse de que ellos no están exponiendo a los no fumadores a los efectos potencialmente dañinos del humo de tabaco".⁶³

~~Las personas pueden optar por fumar. Ello es parte de su autodeterminación y la ley no prohíbe que lo hagan.~~ Solo en estos casos se limitan los lugares en donde pueden realizar un hábito que es agresivo a la salud de las personas y en ello el Estado está en total potestad de regular una actividad que probadamente afecta la salud de las personas, buscando cuidar la salud pública a través de políticas concretas.

En ese sentido las medidas dictadas de control del tabaco reconocen "...el fin supremo del Estado de velar y garantizar la protección de las personas y las comunidades, ofreciendo ayuda a los fumadores para abandonar el consumo, así como informándoles y advirtiéndoles de las diversas consecuencias asociadas con este consumo..."⁶⁴. Apunta al derecho a la vida de las personas.

Si la actividad del fumador agrede al no fumador, eso debe ser materia de políticas estatales, a fin de mediatizar el impacto de esta agresión. No olvidemos que existe el derecho fundamental de la persona a "...gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida" (inciso 22 del artículo 2º de la Constitución) lo que integra el derecho a respirar un aire limpio. No se puede permitir que se incorpore a un ambiente cerrado humo y sustancias lesivas a la salud; el Estado no puede ser indiferente a una realidad que afecta la salud y la vida.

⁶² Ibidem. loc cit.

⁶³ Ibidem. loc. cit.

⁶⁴ RADOVIC, Flavia y Carmen BARCO, op cit. p. 21

[Handwritten signature]

~~Está demostrado que las zonas para fumadores podrían reducir, más no eliminar la exposición al humo de tabaco ajeno, pero no eliminan "la exposición de los no fumadores al humo ajeno procedentes de los espacios adyacentes, ni ofrecer protección alguna a los trabajadores que tienen que trabajar en ellas; además pueden intensificar la exposición de los fumadores al humo ajeno y por consiguiente, aumentar los riesgos para su salud".~~⁶⁵

Esta autodeterminación, además, no puede lesionar derechos de quienes laboran en lugares públicos. No olvidemos que los establecimientos necesitan personal que presente servicios a los clientes y éstos están expuestos a los contaminantes del humo del tabaco de modo involuntario.

~~Un estudio del Centro de Información y Educación para la Prevención del Abuso de Drogas - CEDRO⁶⁶, señala que el 69% de los trabajadores de establecimientos consideraba que sus lugares de trabajo debían ser 100% libres de humo de tabaco y el 81% de ellos refirió que preferiría trabajar en ambientes donde no esté permitido fumar. Que sintomático!!~~

El estudio citado revela que el 85% de estos trabajadores citó los problemas de salud como una de las razones (gran parte de ellos manifestaron diferentes dolencias relacionadas con la exposición al humo de tabaco) y 10% para mejorar la calidad de aire de estos lugares.

No obviemos que no necesariamente son fumadores los trabajadores de estos establecimientos. Más aún, un buen empleado del rubro de servicios de bares y restaurantes, no es seleccionado por su hábito de fumar, sino por sus habilidades, siendo que además en el Perú por el déficit de empleos existentes, las personas no pueden por lo general escoger su lugar de trabajo, sino que deben "engancharse" en lo que encuentran. ~~No es ilusorio pensar que si se instalan bares y locales para fumadores, el personal a ser reclutado se vea presionado a suscribir declaraciones de aceptación de ser fumador, cuando en~~

⁶⁵ "La Universidad de Ciencia y Tecnología de Hong Kong realizó un estudio técnico de viabilidad de las salas para fumadores para analizar si dichas salas pueden proteger a los no fumadores frente al humo de segunda mano. Este estudio demostró que incluso las salas con los mejores diseños no protegen totalmente a los no fumadores frente al humo de segunda mano, pues es imposible evitar cierta filtración de este humo. Asimismo se concluyó que las salas para fumadores que cumplen con los todos los estándares no son prácticas, debido a las demandas técnicas y los costos relacionados con la edificación, funcionamiento y mantenimiento de las mismas. De modo tal se concluye que los espacios acondicionados para fumadores y los sistemas de ventilación son costosos e ineficientes. Sólo las empresas muy poderosas se pueden permitir instalar estos sistemas, siendo prácticamente imposible para las pequeñas empresas, por lo que las leyes del mundo han rechazado la implementación de habitaciones para fumadores porque crea una competencia injusta". Ibidem. p. 11.

⁶⁶ CEDRO. Resumen Estudio: Exposición a Humo de Tabaco de Segunda Mano en empleados de Bares, Discotecas y Centros de Diversión. Lima, 2008.

[Handwritten signature]

los hechos no lo sea, para cumplir formalidades que podría exigir equivocadamente la autoridad como "justificante" en un escenario equívoco de bares exclusivos para fumadores. Así, si el Tribunal Constitucional autorizara ello, estaría afectando derechos de los trabajadores que también quieren cuidar su salud, pero que no podrían protestar.

Entre las conclusiones de este estudio de CEDRO destacan las siguientes:

"Se observaron altos grados de exposición en trabajadores atribuibles a la presencia de nicotina ambiental en el lugar de trabajo. Es importante recordar que todo nivel de exposición al humo de tabaco constituye un umbral dañino. Cualquier exposición al humo de tabaco representa un serio e importante riesgo para la salud de las personas".

"Los trabajadores no fumadores de bares, discotecas y pubs están expuestos a concentraciones de nicotina y otras sustancias contenidas en el humo de tabaco en sus lugares de trabajo, siendo además, que esta exposición es constante y prolongada. En el caso de los trabajadores del estudio, trabajaban en promedio 4 días a la semana y por un promedio de 10 horas cada día."

"Los empleados no fumadores que reportaron estar siempre expuestos al humo de segunda mano en el trabajo, tenían concentraciones más altas de nicotina en el cabello, que los empleados que reportaron no estar siempre expuestos."

~~*"Aún cuando la mayoría de los establecimientos estudiados contaba con sistemas de ventilación y/o aire acondicionado, éstos sólo garantizan la extracción o eliminación del humo, más no de los tóxicos contenidos en el ambiente donde se fumó y menos eliminan la exposición a estas sustancias de las personas que se encuentran en ellos. Sólo la prohibición de fumar al interior de espacios cerrados garantiza una adecuada protección."*~~

"La mayoría de los trabajadores entrevistados y que labora en estos lugares, apoya las medidas de control del humo de tabaco ambiental. Gran parte de ellos por razones relacionados con la salud y otros por el cuidado y protección de la calidad de aire".

El Tribunal Constitucional, tiene que considerar esta especial circunstancia del ámbito laboral de los establecimientos de servicios al público, frente a la posibilidad de lugares exclusivos para fumadores, como plantea la industria tabacalera y que coincidentemente se formula en esta demanda. Se afecta al trabajador no fumador y también al trabajador fumador, pues se lo obliga a

~~inhalar le humo del tabaco contra su voluntad y en momentos en que no quiere fumar.~~

Aquí debe observarse la circunstancia técnica de que las partículas contaminantes que permanecen en el aire, son difíciles de eliminar. El cuidado que debe tenerse es importante y solo en esta materia observemos la legislación comparada que plantea lugares libres 100% de humo de tabaco y aún aquellos países que permiten zonas para fumadores, deben contemplar la protección de los trabajadores. El caso de Francia en esto es muy importante que sea considerado, pues la protección lleva a que en estos casos las áreas no tengan personal de servicios y éstos solo puedan ingresar a estos lugares luego de un tiempo en que los sistemas de ventilación hayan minimizado los riesgos. Además, se exigen complejos equipos de extracción de aire.

La Constitución establece que el trabajo es objeto de atención primaria del Estado y que ninguna relación laboral puede permitir el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23° de la Constitución).

7.3. Principio de previsión de consecuencias

La Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la PUCP considera que flexibilizar la reforma normativa hacia la posibilidad de establecimientos para fumadores implicaría un retroceso respecto a los avances de nuestra legislación sobre la materia y una enorme frustración a la lucha contra el tabaco, amén de lesionar el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud.

Los demandantes están pretendiendo, como lo postula la industria, la existencia de lugares exclusivos para fumadores. Creemos razonablemente que el riesgo que existiría si se asume una interpretación laxa de la reforma y la Constitución, no vinculada al derecho a la vida y la salud, sería que estaríamos en un escenario anterior a la Ley N° 28705, cuando no existía ninguna restricción.

Cabe recordar que por el principio de previsión de consecuencias, el Juez, consciente de las secuelas políticas, sociales o económicas que traerá el fallo a expedir, deberá tomarlas en cuenta, no actuando en función a ellas, pero sí involucrar en su decisión final los resultados que se originaría por su sentencia.

Un posible escenario al que nos podríamos enfrentar, de ser el caso que se declare la inconstitucionalidad del artículo 3° de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco,

modificado por el artículo 2° de la Ley N° 29517, es que finalmente la totalidad de centros de distracción nocturna sean declarados por sus propios dueños como lugares aptos para fumadores. Es decir, se convertirán los establecimientos públicos en lugares para fumadores:

La distorsión del espíritu de la ley, esta suerte de corrupción de la misma, es plenamente posible por parte de los operadores de los establecimientos, implicando con ello un abuso. No debe olvidarse que en nuestro país la aplicación de políticas públicas enfrenta retos enormes por la fragilidad de nuestras instituciones. Las acciones del Estado suelen ser frenadas por el mal uso que las personas muchas veces hacen de la Ley y el uso instrumental de instituciones como el Poder Judicial para sus propósitos individuales.

Si la autoridad en el Perú quiere ordenar una actividad dentro del amplísimo entorno de informalismo que afecta al Estado y nuestra sociedad, probablemente deberá trabajar más de lo usual. Esto es típico en el Perú, en donde hay altísimos incentivos para no cumplir la ley y ello socava nuestro Estado Constitucional. Como dice Juan Morales Godo:

"Una ley tiene que estar diseñada de modo que incentive su cumplimiento espontáneo por las personas. El beneficio de estar en la legalidad debe ser mayor al beneficio generado por la ilegalidad. Por ello, un modo efectivo de reducir el beneficio neto de estar fuera de la ley es aumentar su costo por medio de la sanción. (No obstante) Un ciudadano que sabe que la posibilidad de que se le aplique una sanción es muy baja, tiene un incentivo inmediato para incumplir la norma. Si en el Perú muchos pasan de largo ante una luz roja de un semáforo y pagan una coima al policía, es porque las posibilidades de que les suspendan la licencia de conducir, les lleven al depósito, les embarguen la cuenta bancaria por no pagar la multa y los condenen por corrupción activa de funcionarios, es simplemente, ridícula".⁶⁷

Se requiere entonces de leyes claras y firmes. No debemos fomentar dispositivos o normas que puedan ocasionar y difundir más la informalidad, el abuso o las malas prácticas. La ley actual es muy clara y firme en el propósito buscado y si se flexibiliza la opción del legislador, no tengamos duda alguna que se distorsionará el mandato y volveremos a épocas pretéritas en donde los fumadores no respetaban el derecho de los no fumadores a un aire limpio. Por cierto, ello será causa de más muerte y afectación a la salud de nuestros habitantes.

⁶⁷ MORALES GODO, Juan. Organización de la Jurisdicción. Materiales de Enseñanza. Ed. PUCP. Lima, 2011. p. 37-38.

Ante ello, cabe preguntarnos: ¿Es esto lo que se desea para la sociedad peruana?, la respuesta es obvia que no, pues de serlo, se vería más público afectado por el humo del cigarrillo que público que fuma. Ello sería una trasgresión, además al Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.

Por esta razón, alertamos al Tribunal Constitucional para que su fallo valore, bajo el principio de previsión de consecuencias, lo que acontecerá si se flexibiliza la ley en el contexto de un país con muy escasos sistemas de control y donde la informalidad es un fenómeno que cada vez tiene un mayor avance en el Perú invadiendo todo. Por ello, podemos decir que en manos del Tribunal Constitucional está la vida futura de millones de peruanas y peruanos y ahí debe quedar y no en manos de la industria del tabaco y sus operadores en los establecimientos de consumo.

7.4. La eliminación de fumar en áreas abiertas de centros educativos

Un último punto a exponer y no menos importante, es el referido a la prohibición de fumar en centros educativos. Por lo demás, llama la atención la demanda en este aspecto, pues creemos que infiere poco sentido humano al problema.

La demanda se refiere a la posibilidad de que se pueda fumar en las universidades y centros de formación de adultos. Pero hay que decir que en el país no existen establecimientos educativos de acceso exclusivo para adultos. No es un requisito para ser universitario ser mayor de edad y, más aún, normalmente los estudiantes universitarios ingresan siendo menores de edad. Además, muchos adolescentes participan de programas de acceso a la universidad desde la secundaria y es cada vez más frecuente que los alumnos de programas como el caso del Centro Pre Universitario de la PUCP, transiten por todo el campus. Este solo hecho justifica el que se prohíba fumar en nuestra universidad.

Pero hay otros criterios que llevaron, por ejemplo, a que la Asamblea Universitaria de la PUCP, incluso antes que se emita la Ley N° 29517, determine que el campus de la PUCP es una zona libre de humo de tabaco, y que es perfectamente aplicable a todo centro de enseñanza universitario, más allá de si dispone de grandes espacios abiertos⁶⁸.

⁶⁸ El día 14 de julio de 2010, el Consejo Universitario de la Pontificia Universidad Católica del Perú, aprobó un acuerdo por unanimidad donde se estableció, de manera expresa, la prohibición del consumo de tabaco en el campus y en sus locales dedicados a servicios educativos. Esta decisión es conforme con los estudios aportados por las investigaciones realizadas sobre el tabaco, los cuales señalan que las partículas de nicotina fluyen en el ambiente, pudiendo contaminar el aire que se respira, perjudicando así la salud de los fumadores pasivos o involuntarios.

Hay que considerar que más del 80% de personas se convierten en adictos antes de cumplir los 18 años, estando demostrado que los ambientes 100% libres de humo de tabaco ayudan a evitar que las personas, especialmente los jóvenes, comiencen a fumar, al reducir la aceptabilidad social del acto de fumar. Una política de control del tabaquismo considerando incentivos para no fumar, provocará de modo ineludible su disminución.

Pero a ello hay que introducir un factor pedagógico y de responsabilidad social. Las universidades desempeñan un importante papel central en la formación social y académica de quienes allí estudian, especialmente de los jóvenes. Por ende es responsabilidad de éstas velar por el bienestar integral de sus estudiantes, siendo su deber aplicar la política del Estado de "promover hábitos de vida saludables", proveyendo modelos sociales adecuados, en oposición de comportamientos inadecuados o de riesgo, como es el consumo de una sustancia reconocida como droga⁶⁹.

⁶⁹ La Política 13 del Acuerdo Nacional referida al "Acceso universal a los servicios de salud y a la seguridad social", señala lo siguiente: "Nos comprometemos a asegurar las condiciones para un acceso universal a la salud en forma gratuita, continua, oportuna y de calidad, con prioridad en las zonas de concentración de pobreza y en las poblaciones más vulnerables. Nos comprometemos también a promover la participación ciudadana en la gestión y evaluación de los servicios públicos de salud.

Con este objetivo el Estado: (a) potenciará la promoción de la salud, la prevención y control de enfermedades transmisibles y crónico degenerativas; (b) promoverá la prevención y el control de enfermedades mentales y de los problemas de drogadicción; (c) ampliará el acceso al agua potable y al saneamiento básico y controlará los principales contaminantes ambientales; (d) desarrollará un plan integral de control de las principales enfermedades emergentes y re-emergentes, de acuerdo con las necesidades de cada región; (e) promoverá hábitos de vida saludables; (f) ampliará y descentralizará los servicios de salud, especialmente en las áreas más pobres del país, priorizándolos hacia las madres, niños, adultos mayores y discapacitados; (g) fortalecerá las redes sociales en salud, para lo cual garantizará y facilitará la participación ciudadana y comunitaria en el diseño, seguimiento, evaluación y control de las políticas de salud, en concordancia con los planes locales y regionales correspondientes; (h) promoverá la *maternidad saludable* y ofrecerá servicios de planificación familiar, con libre elección de los métodos y sin coerción; (i) promoverá el acceso gratuito y masivo de la población a los servicios públicos de salud y la participación regulada y complementaria del sector privado; (j) promoverá el acceso universal a la seguridad social y fortalecerá un fondo de salud para atender a la población que no es asistida por los sistemas de seguridad social existentes; (k) desarrollará políticas de salud ocupacionales, extendiendo las mismas a la seguridad social; (l) incrementará progresivamente el porcentaje del presupuesto del sector salud; (m) desarrollará una política intensa y sostenida de capacitación oportuna y adecuada de los recursos humanos involucrados en las acciones de salud para asegurar la calidad y calidez de la atención a la población; (n) promoverá la investigación biomédica y operativa, así como la investigación y el uso de la medicina natural y tradicional; y (o) reestablecerá la autonomía del Seguro Social."

CONCLUSIONES

1. Se reconoce el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud, como un Tratado de Derechos Humanos y, por ende, un Acuerdo que posee rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, el Tribunal Constitucional debiera considerar este instrumento para dar contenido al escueto alcance del derecho a la salud que recoge nuestra Constitución, asumiendo el tema de la epidemia que enfrenta la humanidad (el tabaquismo), definida así por este Tratado y, a partir de estos estándares, verificar la compatibilidad constitucional de la reforma de la Ley N° 29705 por la Ley N° 29517. De esta manera el Tribunal Constitucional debiera ratificar la constitucionalidad de las "medidas legislativas" eficaces de "protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados", tal cual lo señala el artículo 8° del Convenio.
2. Existe muchísima información documentada en estudios muy serios que evidencian en daño a la salud por el tabaco, al punto que ha sido calificado oficialmente por la OMS y el Convenio Marco para el Control del Tabaco, como una epidemia mundial. Los Estados, en esta vía para proteger el derecho a la vida y la salud, deben diseñar y ejecutar políticas públicas articuladas con el referido Tratado, para disminuir y si fuera posible, eliminar el consumo de un producto calificado como droga y que es dañino para la salud. Para que no se admita ninguna duda sobre esto, la propia British American Tobacco Perú, reconoce que *"El uso de productos de tabaco tiene un riesgo real y serio para la salud. La única forma de evitar estos riesgos es no consumir tabaco..."*
3. Puede ser importante que el Tribunal Constitucional explore escenarios en donde busque determinar si el consumo de tabaco en condiciones de adicción implica el ejercicio de un derecho de autodeterminación, pues si el ser humano no puede controlar su voluntad por sustancias químicas que su cuerpo requiere (como sucede con todas las drogas), en estas condiciones hay que considerar que la libertad de fumar no es libertad. Si bien es cierto que está es una realidad y que las personas pueden optar

por drogarse y transitar ese camino, lo que no puede hacer el Estado es promover estas conductas lesivas a la vida y salud.

4. El tabaquismo es una enfermedad que afecta principalmente a los pobres. Estimados de la OMS señalan que el 84% de fumadores vive en países pobres, donde la carga de enfermedades y muertes relacionadas con el tabaquismo está creciendo rápidamente. En el Perú, la población que se encuentra en situación de pobreza, destina un porcentaje de sus magros ingresos a la compra de tabaco: 9 de cada 10 hogares de bajos recursos económicos invierten más del 6% de sus ingresos en adquirir cigarrillos para su consumo.
5. Las tabacaleras mantienen una política agresiva de expansión de sus mercados y el Perú es un país atractivo en la región para la industria del tabaco, pues es un país de 30 millones de habitantes, con un consumo relativamente bajo en relación a otros países (el 15% de adultos de las principales 15 ciudades del país son fumadores regulares, y que cada uno de ellos consume diariamente un aproximado de 5 cigarrillos), siendo que el reto es lograr el mayor número de consumidores. Esa es la lógica del mercado que persiguen, lo que va en contra de las Políticas Públicas que deben construirse para la vida y salud de las y los peruanos.
6. La prohibición de fumar en lugares públicos o zonas 100% libres de humo de tabaco está siendo considerada de forma absoluta por los Estados parte del Convenio como una medida efectiva porque reduce la prevalencia de consumo de tabaco, disminuye el número promedio de cigarrillos por día y promueve la cesación. Los estudios revelan que este tipo de medidas no sólo protege a los no fumadores de la exposición al humo de tabaco, sino que también estimula a los fumadores a reducir su consumo, con lo cual se logra controlar la epidemia. Es parte de una Política coherente de Salud.
7. No debe quedar duda alguna sobre los beneficios al derecho a la vida y a la salud, a partir de la introducción de restricciones para el hábito de fumar en lugares públicos cerrados. No es una posición paternalista de control del tabaquismo, es una posición de política pública de salud.

8. Aproximadamente un tercio de los países de la Unión Europea han adoptado una legislación global a favor de ambientes libres de humo de tabaco; los efectos en cuanto a la salud pública son inmediatos siendo que la cifra de crisis cardiacas ha disminuido en proporciones que van del 11 al 19%.
9. América Latina está avanzando rápidamente en zonas libres de humo de tabaco. Similares normas a la que ha sido impugnada en el presente proceso de inconstitucionalidad existen ya en Uruguay, México, Panamá, Nicaragua, Honduras, Venezuela y Colombia.
10. La instauración de zonas libres de humo de tabaco constituye la mejor solución frente a los espacios compartidos de fumadores y no fumadores, dado que está comprobado técnicamente que es muy difícil y costoso instalar equipos que eliminen efectivamente el humo de tabaco y sus partículas contaminantes. La consecuencia de ello, además de los problemas de salud, implica una salida discriminatoria contra los pequeños establecimientos que no podrían afrontar ello, afectando así la capacidad de competencia de los negocios.
11. Tampoco afectan los negocios el establecimiento de lugares públicos cerrados libres de humo de tabaco. No existe lesión a la libertad de empresa, pues importantes estudios realizados en Noruega, Uruguay y EE.UU, demuestran que no hay pérdidas económicas asociadas con estas restricciones, pues en ninguno de los casos en donde se crearon espacios libres de humo de tabaco disminuyeron los ingresos del sector de servicios (específicamente en bares, restaurantes y hotelería), no reduciendo la recaudación de estas empresas.
12. La mayoría de la población es no fumadora y tienen derecho a respirar un aire limpio sin los contaminantes del humo de tabaco, lo que puede lograrse cuando la ley delimita dónde se puede fumar y dónde no. Como ha sido dicho: *"El derecho de los fumadores a fumar termina cuando su conducta afecta la salud y el bienestar de los otros..."*.

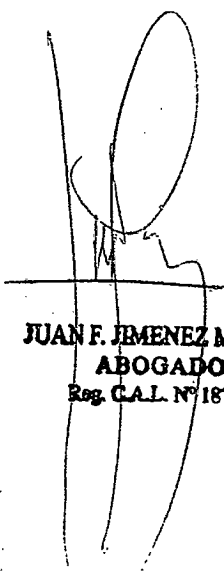
13. Las personas pueden optar por fumar. Ello es parte de su autodeterminación y la ley no prohíbe que lo hagan y lo que se ha dispuesto es regular una actividad lesiva de derechos y que afecta la vida y salud de las personas, minimizando los riesgos que ello representa. Esta autodeterminación para escoger una actividad lesiva, empero, no puede lesionar derechos de quienes laboran en lugares públicos; no olvidemos que los establecimientos necesitan personal que presente servicios a los clientes y éstos están expuestos a los contaminantes del humo del tabaco de modo involuntario.

14. Los trabajadores de los establecimientos públicos prefieren mayoritariamente ambientes libres de humo de tabaco. Ellos no son seleccionados por ser fumadores, sino por sus habilidades, siendo que en el Perú, por el déficit de empleos existentes, las personas no pueden, por lo general, escoger su lugar de trabajo, sino que deben trabajar donde tienen la posibilidad de generarse ingresos. De esta forma, una ampliación de la Ley actual para crear centros de fumadores servidos por trabajadores "fumadores", puede implicar afectación de derechos de estas personas, al tener que asumir un hábito o verse forzados a respirar un humo que no desean.

15. La Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la PUCP considera que flexibilizar la reforma normativa hacia la posibilidad de establecimientos para fumadores implicaría un retroceso respecto a los avances de nuestra legislación sobre la materia y una enorme frustración a la lucha contra el tabaco en el país, amén de lesionar el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud y con ello la Constitución, pues lo que va a ocurrir en la práctica es que la totalidad de centros de distracción nocturna serán declarados por sus propios dueños como lugares aptos para fumadores, es decir, se convertirán los establecimientos públicos en lugares para fumadores, lo que terminará afectando a quienes no son fumadores. Para evitar ello hay que tener en cuenta en el caso el principio de previsión de consecuencias.

16. La prohibición de fumar en los centros educativos como lo pretende la acción es inidónea, debido a que afectaría a menores de edad que estudian en las Universidades y sus centros promotores. Además, hay

que tener en cuenta que desde la Universidad hay que reducir la aceptabilidad social del acto de fumar y considerar que existe un factor pedagógico y de responsabilidad social que debe ser tomado en cuenta para educar y "*promover hábitos de vida saludables*".

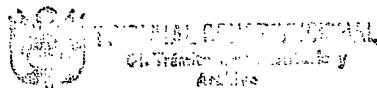


JUAN F. JIMENEZ MAYOR
ABOGADO
Reg. C.A.L. N° 18785

ANEXO 11

009770

290



Expediente N°: 00032-2010-PI/TC
Sumilla: **INFORME ESCRITO PARA MEJOR RESOLVER**

2011 JUL 6 PM 2 52

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

JAIME BARCO RODA, identificado con DNI N° 07765829; **en representación de más de cinco mil ciudadanos**, en el **PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD** interpuesto contra **el artículo 3° de la Ley 28705 - Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco-**, modificado por la **Ley N° 29517**; a usted atentamente decimos:

Que, luego de realizarse la vista de la causa en la ciudad de Arequipa el día 20 de mayo del presente año y habiendo sido notificados el día 30 de junio con el Informe de Amicus Curiae, de fecha 15 de junio, elaborado por la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Informe), solicitamos a vuestro Tribunal tomar en consideración el presente **Informe Escrito** que da cuenta de los principales argumentos que justifican que la demanda de inconstitucionalidad presentada sea declarada FUNDADA y que, a continuación, pasamos a sustentar.

I. ARGUMENTOS CENTRALES FORMULADOS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1. El Procurador del Congreso de la República en su contestación de la demanda afirma equivocadamente que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco ("Convenio") tiene rango constitucional pues considera que es un tratado sobre derechos humanos, específicamente "*un tratado sobre el derecho a la salud*"; tan es así que su Preámbulo establece que su finalidad es proteger el derecho a la salud ante las graves consecuencias que genera el tabaquismo en la vigencia del referido derecho. Agrega que el citado Convenio ha sido aprobado al amparo de lo dispuesto en los artículos 56 y 102 de la Constitución y que establece "*un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes (...) a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco*".

2. El Procurador afirma que nuestra demanda se basa únicamente en la reducción de la exposición al humo del tabaco, precisando que también deben establecerse medidas para lograr la reducción del consumo, lo cual se logra con la prohibición de fumar en lugares cerrados, pues la finalidad de la Ley es garantizar el derecho a la salud. Afirma que la Ley no introduce una prohibición absoluta, sino *"sólo establece la prohibición de fumar en determinados lugares (los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, las dependencias públicas, los interiores de los lugares de trabajo, los espacios públicos cerrados y cualquier medio de transporte), por lo que no se puede afirmar que estamos ante una "tesis absoluta"*.
3. Agrega que si se aceptaran zonas exclusivas de fumadores en lugares cerrados, donde solo trabaje personal fumador, se estaría vulnerando la disposición de no fumar en los interiores de los lugares de trabajo. Los trabajadores que laboren en zonas de fumadores estarían mucho más expuestos a las consecuencias del tabaquismo pues no solo soportarían tales consecuencias cuando decidan fumar, sino también el resto de la jornada laboral.
4. De otro lado, a juicio del emplazado, en la medida que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona así como lograr una mayor calidad de vida; resultaría contradictorio permitir la realización de un acto que trae devastadoras consecuencias para la salud humana, en un lugar dedicado a prestar un servicio público como lo es la educación.
5. Agrega que la legislación anterior resultaba insuficiente no por una falta de fiscalización, sino por el simple hecho que admitía la habilitación de áreas designadas para fumadores, pues que no existe un mecanismo que sea eficaz al 100% para impedir el paso del humo del tabaco. En tal sentido, establecer ambientes 100% libres de tabaco es la única medida efectiva para garantizar el derecho a la salud de los no fumadores y del personal que atiende.
6. Si bien la Constitución no ha prohibido el uso de tóxicos sociales, ha establecido que el Estado regulará su uso. Para ello, el Estado debe tener en cuenta las consecuencias de dicho consumo (STC N° 000850-2008-PA/TC, sobre bebidas alcohólicas). El Convenio no prohíbe el consumo de tabaco. Sin embargo, establece obligaciones generales a los Estados parte para prevenir y reducir el consumo del tabaco, la adicción a la nicotina, y la exposición al humo del tabaco. Así, si bien ni la Constitución ni el Convenio establecen la prohibición de fumar, el

Estado puede establecer una regulación que contemple medidas restrictivas que garanticen la plena vigencia de la salud.

Respecto al libre desarrollo de la personalidad.

7. Según el demandado, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no es absoluto, debe ejercerse en armonía con los derechos fundamentales de otras personas y los bienes de relevancia constitucional. La existencia de locales exclusivos para fumadores vulneraría la disposición que prohíbe fumar en los interiores de los lugares de trabajo. En este supuesto, los trabajadores estarían expuestos a las consecuencias del tabaquismo. Esto aún cuando se trate de personal fumador, puesto que no solo estarían expuestos en los momentos que deciden fumar, sino también en todo momento pues estarían trabajando. De esta manera, en los locales exclusivos para fumadores, las personas fumadoras no estarían ejerciendo su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad en armonía con el derecho a la salud de los trabajadores de dicho lugar, aún cuando se trate de "personal fumador". Reitera que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana y lograr una mayor calidad de vida (STC N° 0005-2004-AI), por lo que resulta contradictorio permitir la realización de un acto que trae devastadoras consecuencias para la salud humana, en un lugar que está dedicado a prestar el servicio público educativo.

Respecto a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa.

8. Considera el demandado, citando la STC N° 0008-2003-AI/TC, que "*la iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia*". De igual modo, la libertad de empresa "*no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas*".

Su interpretación sobre la aplicación del Test de razonabilidad.

9. Alega el demandado que el **fin constitucionalmente legítimo de la medida adoptada por la ley**: "*(...) es garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pero no sólo de los no fumadores, como lo entiende la parte demandante, sino también de los fumadores*" (pág. 45).

10. Refiriéndose al **subprincipio de idoneidad** estima que: "(...) entre las medidas (medios) que el Estado debe adoptar para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud (finalidad constitucional), se encuentran aquellas que son indispensables para la prevención de enfermedades)". Concluye que "La medida impugnada (...) resulta indispensable para la prevención de enfermedades causadas por el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco" (pág. 47). Estima que de acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud también los lugares 100% libres de humo "son una de las maneras más eficaces de reducir el tabaquismo" debido a que "promueven la prevención de la iniciación del tabaquismo al atacar el corazón de la aceptabilidad social del tabaco" y "fomentan que los fumadores dejen de fumar más eficazmente que los propios esfuerzos dirigidos hacia los fumadores". Ello permite que los recursos que se destinan para tratar enfermedades causadas por el tabaco sean utilizados para otros fines.

11. Tratándose del **subprincipio de necesidad** afirma que entre la medida establecida en la legislación anterior y la nueva, solo se ha cambiado la regulación referida a la regulación del consumo de tabaco en espacios públicos cerrados, mas no en lo concerniente a los espacios abiertos. Agrega que la versión original no resultaba idónea para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pues permitía la habilitación de "áreas designadas para fumadores", y conforme establece la OMS solo la prohibición absoluta de fumar puede evitar eficazmente los daños acarreados por el humo de segunda mano. En tal sentido, no es idóneo tampoco establecer mejores medidas de vigilancia y cumplimiento de la norma. Tampoco es idónea una medida que permita los locales solo para fumadores, en razón a los trabajadores. En efecto, considera que la legislación que regule la situación de los trabajadores de los establecimientos exclusivos para fumadores, no es en realidad una medida que conduce a la reducción del humo de tabaco, por lo que no es idónea para prevenir las enfermedades relacionadas con el tabaquismo, y por ende tampoco es idónea para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud.

12. Y, finalmente, en torno al **subprincipio de proporcionalidad** el Procurador del Congreso afirma que el ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad puede ser limitado para garantizar el derecho a la salud sin que ello desconozca dicho principio.

II. ARGUMENTOS CENTRALES DEL INFORME DE AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ

1. El referido Informe, al igual que la parte demandada, **considera que el "Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco" es un tratado sobre derechos humanos**, pues busca proteger el derecho a la salud vinculado a las enfermedades ocasionadas por el tabaquismo. Para arribar a tal equivocada conclusión afirma que *"todo tratado que establezca conductas determinadas relativas a la difusión protección u otra actividad similar, vinculadas a un Derecho Humano o un derecho fundamental constitucionalmente protegido, es un Tratado de derechos Humanos"* (pág. 12). La finalidad de afirmar que dicho Convenio es un tratado sobre Derechos Humanos es obvia y así lo reconoce el citado Informe, pues afirma que *"al adquirir el Tratado de Derechos Humanos un rango constitucional, no pueden existir normas que sean contrarias al mismo"* (pág. 13). Es decir, se pretende con ello *"convalidar"* los extremos cuestionados del artículo 3 de la Ley, en la medida que se considera que desarrollan los alcances de un tratado sobre derechos humanos.

2. En segundo lugar, el Informe sostiene que el derecho a la salud es un derecho fundamental -lo cual, es indudable-, y concluye citando a British American Tobacco Perú para señalar que *"el uso de productos de tabaco tiene un riesgo real y serio para la salud"*. Además, llega a afirmar que **"la libertad de fumar no es libertad"** (pág. 23). Agregando que el consumo del tabaco *"no puede sostenerse en una negada libertad, pues estamos frente a procesos adictivos que no son controlados y que ocasionan serio deterioro a la salud y hasta la muerte"* (pág. 25). Es decir, increíblemente, desconoce que fumar sea una decisión facultativa de toda persona que libremente puede ejercer o no en el marco del libre desarrollo de su personalidad.

3. Asimismo, el Informe cita estudios efectuados por CEDRO que establecen una relación entre tabaquismo y pobreza. A partir de ello, considera que el dinero gastado en el consumo del tabaco *"podía haberse dirigido, por ejemplo, a una mayor cantidad de suministros alimentarios (y no alimentarios también) para la familia"*. Agrega que el consumo del tabaco *"significará un millonario gasto al Estado, pues ante la imposibilidad de que la persona pobre pueda sufragar los gastos de curación de su salud, ello tendrá que ser cubierto por el Estado, implicando ello que finalmente en un esquema de recursos limitados, alguna*

persona deberá dejar de ser atendida, frente a aquel por el supuesto ejercicio de su autodeterminación, decidió asumir un hábito que lo enfermó mortalmente" (pág. 27). Un argumento de tal naturaleza podría conducir a la prohibición de fumar o de beber bebidas alcohólicas, lo cual sería un evidente exceso que desconoce lo dispuesto por el artículo 8 de la Constitución que no prohíbe el uso de tóxicos sociales.

4. El Informe hace referencia al avance de la industria tabacalera, y desarrolla un apartado relativo a la evolución sobre el control del humo del tabaco en la legislación comparada, que incurre en algunas flagrantes inexactitudes. En efecto, al tratar de cuestionar la demanda presentada afirma que **"El caso español, que entendemos ha sido citado en la demanda, ofrece una solución radical y distinta a la informada al Tribunal Constitucional: no se puede fumar en lugares cerrados, incluido bares y restaurantes. La reciente Ley 42/2010, de 30 de diciembre de 2010, modifica la Ley 28/2055, e incrementa de modo eficaz la prohibición de fumar, estableciendo lugares 100% libres de humo de tabaco, incluido bares y restaurantes. No hay excepciones"** (pág. 33).
5. Aquí el Informe incurre en dos flagrantes equivocaciones. En primer lugar, da a entender que el caso español informado al Tribunal en la demanda de inconstitucionalidad ofrece una solución distinta a lo dispuesto por la *"reciente Ley 42/2010, de 30 de diciembre de 2010"*. Al respecto, el Informe omite mencionar que nuestra demanda fue presentada el 30 de noviembre de 2010, por lo que obviamente hubiera sido imposible informarle al Tribunal sobre una ley publicada en el Boletín Oficial del Estado un mes después, es decir, el 31 de diciembre de 2010. Sin embargo, **lo más grave es cuando el Informe pretende desinformar al Tribunal indicando que la reciente legislación española establece "100% libres de humos de tabaco, incluido bares y restaurantes. No hay excepciones"**. Ello, no es exacto, pues como lo dispone la citada ley española que modifica el artículo 7 de la Ley 28/2055, la prohibición de fumar en centros de trabajo, centros docentes, centros comerciales, centros de ocio o esparcimiento sí tiene excepciones: **los espacios al aire libre**. En efecto, dicha norma señala:

"Artículo 7. Prohibición de fumar.

Se prohíbe fumar, además de en aquellos lugares o espacios definidos en la normativa de las Comunidades Autónomas, en:

- a) **Centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre.**

(...)

d) Centros docentes y formativos, salvo en los espacios al aire libre de los centros universitarios y de los exclusivamente dedicados a la formación de adultos, siempre que no sean accesos inmediatos a los edificios o aceras circundantes.

(...).

g) Centros comerciales, incluyendo grandes superficies y galerías, salvo en los espacios al aire libre.

(...)

i) Centros de ocio o esparcimiento, salvo en los espacios al aire libre.

(...)

k) Salas de fiesta, establecimientos de juego o de uso público en general, salvo en los espacios al aire libre."

Cabe, finalmente, señalar que el propio Informe reconoce la existencia en la experiencia comparada de lugares sólo para fumadores, por ejemplo, cuando se refiere a los "Tobacco Bars" o "Cigar Bars" de los Estados de Columbia y Nueva York, respectivamente (págs. 37-38)¹.

- 6. Finalmente, el Informe concluye señalando que la prohibición de fumar en lugares públicos o en zonas 100% libres de humo de tabaco es *"una medida efectiva porque reduce la prevalencia de consumo de tabaco, disminuye el número promedio de cigarrillos por día y promueve la cesación"*. Agrega que no se trata de *"una posición paternalista de control del tabaquismo, es una posición de política pública de salud"*. Considera que flexibilizar la reforma normativa permitiendo establecimientos para fumadores implicaría un retroceso, pues lo que *"va a ocurrir en la práctica es que la totalidad de centros de distracción nocturna serán declarados por sus propios dueños como lugares aptos para fumadores, lo que terminará afectando a quienes no son fumadores"*. Culmina señalando que permitir fumar en centros educativo no es idóneo, pues *"afectaría a menores de edad que estudian en la Universidades y sus centros promotores"*.

III. REITERAMOS: LA PRESENTE DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD NO PRETENDE CUESTIONAR EL INTEGRO DE LA LEY SINO TAN SOLO ASPECTOS PUNTUALES DE SU ARTÍCULO 3.

¹ El Informe señala, a manera de ejemplo, que en el Central Park de Nueva York se encuentra prohibido fumar. Con independencia de que ello efectivamente suceda, no podemos asimilar dicho ejemplo a la prohibición absoluta de fumar en establecimientos privados cerrados, sencillamente porque el ejemplo utilizado está referido a un parque de propiedad estatal, mientras que en la demanda se cuestiona la prohibición que existan lugares privados exclusivamente para fumadores.

1. En efecto, deseamos reiterar que a través del presente proceso **NO** se pretende cuestionar toda la **Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco**. La presente demanda sólo tiene como objeto cuestionar el artículo 3 de la Ley, **en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en todos los espacios públicos cerrados del país**, prohibiendo de esa manera, la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores y atendidos sólo por fumadores. Además, se cuestiona dicho artículo **en el extremo que prohíbe a las personas adultas en forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos**.
2. Esta precisión la hacemos pues de una atenta lectura del Informe de Amicus Curiae alcanzado al presente proceso, se aprecia que la mayor parte de sus argumentos inciden en los daños que produce el tabaquismo al derecho a la salud, así como en la conveniencia de mantener la actual legislación antitabaco. Al respecto, debemos precisar al Tribunal Constitucional –nuevamente- que lo único que pretende la presente demanda es que se declare la inconstitucionalidad parcial del artículo 3 de la Ley, pues si bien una regulación sobre el consumo del tabaco puede establecer restricciones ellas deben ser proporcionales para evitar que se limiten arbitrariamente los derechos de las personas fumadoras.
3. Ése es el centro de la controversia que debe ser resuelta por el Tribunal Constitucional. Por lo demás, hay que tomar en cuenta que un *Amicus Curiae* debe ser un informe técnico especializado de una entidad experta en la materia y al admitirse el Informe de una Facultad de Derecho debemos entender que nos estamos refiriendo a un informe que propone una interpretación jurídica sobre la controversia cuyos argumentos –si fueran correctos- deben ser apreciados por el Tribunal. Es decir, el Informe de Amicus Curiae de una Facultad de Derecho es básicamente un informe jurídico que plantea una interpretación determinada de la controversia y no más. Lamentablemente, en el presente caso, el citado Informe contiene inexactitudes jurídicas, tal como la ya mencionada en el cuarto párrafo del acápite II del presente escrito, y como las que más adelante desarrollaremos.
4. Asimismo, debemos indicar que una controversia como la planteada genera intereses, emociones y hasta apasionamientos de distinta naturaleza, pues al final se trata de evaluar en que medida la libertad de las personas, en este caso de aquellas que fuman, puede ser objeto de limitaciones por parte del Estado en aras

de garantizar su salud, asumiendo incluso una "debilidad de voluntad" que requiera tomar decisiones por ellas. De ahí que sea relevante que el Tribunal Constitucional en un caso de esta envergadura actúe en forma particularmente ponderada para determinar si la intervención del Estado a la luz de una Constitución que no prohíbe fumar puede ser absoluta y no admitir excepciones, tal como lo dispone el artículo 3 de la Ley, o si es que, como nosotros planteamos, pueden existir algunas excepciones razonables que no afecten derechos de terceros.

IV. EL "CONVENIO MARCO DE LA OMS PARA EL CONTROL DEL TABACO" NO ES UN TRATADO SOBRE DERECHOS HUMANOS.

1. Como se puede apreciar existe plena coincidencia entre la defensa expuesta por el Procurador del Congreso y el Informe de Amicus Curiae, pues ambos consideran que el Convenio Marco de la OMS es un tratado sobre derechos humanos en la medida que busca proteger el derecho a la salud vinculado a las enfermedades ocasionadas por el tabaquismo. Ello no es exacto. **El referido Convenio no es un tratado sobre derechos humanos y, por tanto, carece de jerarquía constitucional.**
2. En efecto, como afirma Fabián Novak, profesor de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica:

"(...) los tratados sobre derechos humanos se caracterizan por no ser sinalagmáticos, esto es, por generar un tipo de relación especial entre las obligaciones estatales y los seres humanos cuyos derechos buscan ser protegidos²"

Es decir, en los tratados sobre derechos humanos, a diferencia de otros convenios, los Estados asumen obligaciones fundamentalmente hacia las personas bajo su jurisdicción, a las cuales les reconoce derechos exigibles frente a los Estados. Ello se puede apreciar de la simple lectura de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para citar solo dos ejemplos, que reconocen a toda persona determinados derechos, como la vida, la libertad, la integridad, la salud, etc., es decir, reconocen obligaciones de los Estados frente a las personas. En cambio, el Convenio Marco de la OMS lo que hace es reconocer obligaciones entre los Estados que los suscriben para adoptar determinadas medidas de control del tabaco. Es decir, no

² NOVAK TALAVERA Fabián, en GUITÉRREZ Walter, "La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo", Lima: Gaceta Jurídica, 2005, Tomo I, p. 774.

reconoce "nuevos derechos", sino más bien establece un "marco" de medidas que deberían adoptar lo Estados para enfrentar al tabaquismo. Ello explica que se le denomine "Convenio Marco". Si bien menciona el derecho a la salud, lo hace para sustentar las medidas que deberían adoptar los Estados y no para reconocer el derecho a la salud que por lo demás ya se encuentra previsto en los tratados sobre derechos humanos. La propia redacción del citado Convenio Marco lo confirma pues alude en cada uno de sus dispositivos a "Cada Parte" o a "Las Partes" y no reconoce nuevos derechos a las personas frente a los Estados.

3. Cabe mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)", ha precisado cuándo estamos en presencia de un tratado sobre derechos humanos. Al respecto, ha considerado que:

"29. (...) los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".

4. En este sentido, el Convenio Marco de la OMS es muy claro al señalar que su objetivo es proporcionar **"un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional"** (artículo 3), es decir, establece obligaciones entre las Partes y no reconoce nuevos derechos de las personas frente a los Estados. Por ello, es evidente que no se trata de un convenio sobre derechos humanos.
5. Por lo demás, de la lectura del propio Convenio Marco queda claro que sus alcances se encuentran subordinados a la legislación y a las normas constitucionales de los Estados Parte. En efecto, a manera de puntuales ejemplos podemos citar los artículos siguientes:

"Artículo 8. Protección contra la exposición al humo de tabaco.

(...)

2. Cada Parte adoptará y aplicará, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales”.

“Artículo 13. Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.
(...)

2. Cada Parte, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dicha prohibición comprenderá, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos originados en su territorio.(...)

3. La Parte que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total debido a las disposiciones de su constitución o sus principios constitucionales aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dichas restricciones comprenderán, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, la restricción o una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio originados en su territorio que tengan efectos transfronterizos. (...).”

Como puede apreciarse, el propio Convenio Marco en los artículos citados reconoce que no puede ir más allá de lo dispuesto por la legislación nacional y las normas constitucionales de los Estados Parte. Por ello, mal puede considerarse que dicho Convenio cuente con jerarquía constitucional como equivocadamente lo sostienen el Procurador y el Informe de Amicus Curiae.

V. REITERAMOS, EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY LESIONA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASÍ SE EVIDENCIA CUANDO EQUIVOCADAMENTE SE AFIRMA QUE "LA LIBERTAD DE FUMAR NO ES LIBERTAD".

- 1. Como señalamos en la demanda presentada, la norma cuestionada vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad que comprende la libertad de actuación de la persona, entendida en el sentido más amplio. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que mediante éste derecho se garantiza la libertad general de actuar, de hacer o no hacer. Así, ha precisado que:

“Se quiere garantizar con él la libertad general de actuar, de hacer o no hacer lo que se considere conveniente. Por tanto, se

*inscribe en el amplio ámbito de la libertad y en todas aquellas manifestaciones en que el ser humano se proponga autónomamente realizar las más diversas metas*³.

2. En sentido similar, nuestro Tribunal Constitucional ha precisado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad:

"(...) garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

(...)

Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra. (...)⁴

3. Una medida de protección como la planteada por el artículo 3 de la Ley vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad pues prohíbe determinado proyecto de realización personal aun cuando éste sea riesgoso para la salud. La prohibición para que existan lugares cerrados sólo para fumadores o la prohibición para que en los centros educativos a los cuales asistan adultos éstos puedan fumar en espacios abiertos, bajo el argumento de que *"la libertad de fumar no es libertad"*, convierte a las personas que fuman en meros objetos de lo que decida el Estado para supuestamente garantizar su derecho a la salud. Con ello se desconoce que las personas pueden elegir libremente sus planes de vida aún cuando ellos se basen en ideales calificados como inválidos, incorrectos o negativos sin que intervenga el Estado, salvo que ello afecte a terceros. Se trata de un peculiar concepto de libertad que deja en manos del Estado decidir lo que es bueno o malo para las personas.
4. En efecto, como señala Carlos Bernal Pulido, el concepto constitucional de libertad no es el de libertad positiva sino el de libertad negativa. En efecto, la persona *"(...) no sólo es libre de hacer lo razonable o necesario, sino libre de hacer o dejar de*

³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-222/92.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02868-2004-AA/TC, de fecha 24 de noviembre de 2004, Fundamento Jurídico 14.

hacer lo que quiera, sin intervenciones externas provenientes del Estado o de otros individuos"⁵. Agrega que:

"(...) el derecho al libre desarrollo de la personalidad no debe interpretarse en un sentido perfeccionista, sino como la garantía de un ámbito reservado al individuo, de un espacio para la toma de sus decisiones vitales (...), correlativo a un ámbito en donde el poder está ausente"⁶.

Así por ejemplo, lo ha entendido la Corte Constitucional de Colombia (C-309 de 1997) al señalar que:

"La Constitución opta por un orden jurídico que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individuales (CP art.1º y 16), por lo cual, en principio, no corresponde al Estado ni a la sociedad sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización personal. En eso consiste el derecho al libre desarrollo de la personalidad, frente al cual, como se desprende de la amplia jurisprudencia de esta Corporación al respecto, debe hacerse énfasis en la palabra "libre", más que en la expresión "desarrollo de la personalidad". En efecto, este derecho del artículo 16 constitucional no significa que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino que esa norma implica que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional".

Por ello, se afirma que sólo merecen tener validez en sentido material las normas jurídicas que sean respetuosas de la libertad constitucional.

- 5. En consecuencia, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que *"comprende toda posición jurídica de libertad, no incluida dentro de los márgenes semánticos de las libertades constitucionales específicas, de hacer u omitir todo aquello que se quiera y que no esté prohibido u ordenado por la Constitución o por otras normas jurídicas de inferior jerarquía que sean a la vez razonables y proporcionales"*⁷. Este derecho rechaza toda medida calificada como *"perfeccionista"*, es decir, rechaza aquella concepción según la cual *"es misión del*

⁵ BERNAL PULIDO Carlos, "El Derecho de los derechos", Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 249.

⁶ BERNAL PULIDO Carlos, Ob. Cit., p. 249.

⁷ BERNAL PULIDO Carlos, Ob. Cit., p. 253.

Estado imponer ideales de virtud personal⁸ como podría ser, por ejemplo, proponer una sociedad sin fumadores por considerar que ello sería bueno o ideal.

- 6. Además, este derecho también cuestiona medidas paternalistas por parte del Estado que limiten la decisión libre de las personas. En este sentido, señala Carlos Santiago Nino que:

"(...) una conducta está exenta de toda interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el agente como relevante a su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, no incluyéndose entre esos intereses las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar⁹."

- 7. Como hemos visto, el Estado podría intervenir imponiendo restricciones a la libertad de las personas, siempre que éstas encuentren su sustento en los derechos de terceros (como sería, el derecho a la salud de los no fumadores), y que se trate de restricciones razonables y proporcionales, pues como lo entiende la doctrina alemana:

"(...) nunca deberá el hombre ser reducido a mero objeto de la acción estatal, aquel está legitimado a configurar su libre albedrío su existencia; es decir, a exigir su derecho de autodeterminación¹⁰."

Sin embargo, **la NORMA CUESTIONADA afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, pues impide que existan establecimientos cerrados exclusivamente para fumadores, aún cuando ello no afecte de ninguna manera los derechos de los no fumadores.** En efecto, la NORMA CUESTIONADA prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco en locales públicos cerrados, sin perjuicio que estos se encuentren destinados exclusivamente a fumadores (y donde labore personal fumador). Y además, prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco a estudiantes adultos en las áreas abiertas de los establecimientos educativos; aun cuando ambas opciones no afectan de ninguna manera los derechos fundamentales de los no fumadores.

⁸ NINO Carlos Santiago, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 166.

⁹ NINO Carlos Santiago, "Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación", Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 441.

¹⁰ BENDA Ernesto y otros, "Manual de Derecho Constitucional", 2º ed., Madrid: Marcial Pons, 2001, p.141

- 8. Esta injerencia del Estado se traduce también en el ejercicio de la libertad de las personas de actuar en la vida económica del país, impidiéndoles abrir cualquier establecimiento cerrado (sea por ejemplo un bar, café, pub, discoteca, etc.) exclusivo para fumadores, donde concurren únicamente las personas que deseen ejercer su derecho a fumar libremente. En dicho caso no existe una afectación a los derechos de terceros; por el contrario, se trata de la decisión voluntaria de determinadas personas de agruparse para fumar. Y siempre que estas personas han optado libremente por hacerlo, no pueden verse afectadas en sus derechos por la NORMA CUESTIONADA, que establece una prohibición absoluta. Así las cosas, el Estado no puede intervenir sancionando a las personas que en el marco de su autonomía han decidido libremente fumar en lugares acondicionados exclusivamente para ello. Obviamente, nos referimos a personas adultas y no a menores de edad.

- 9. El artículo 3 de la Ley al establecer una prohibición absoluta impone una conducta paternalista que estima "positiva" - no fumar- negando la decisión voluntaria de adoptar una conducta distinta. En el marco del libre desarrollo de la personalidad, se puede optar legítimamente por consumir tabaco -un producto legal- o no hacerlo; es decir, fumar o no fumar; acudiendo a locales privados de acceso exclusivos para fumadores, o acondicionados específicamente para ello. No obstante, la NORMA CUESTIONADA impide tal posibilidad, adoptando una decisión que solo corresponde a las personas, en tanto seres humanos con capacidad de razonar y autodeterminar libremente su conducta, puedan acudir a un establecimiento especialmente acondicionado para el consumo de tabaco.

VI. LA NORMA CUESTIONADA NO RESPETA LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD. ES NECESARIO QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERVENGA EFECTUANDO UNA ADECUADA PONDERACIÓN CON EL DERECHO A LA SALUD QUE RESPETE EL DERECHO DE LOS FUMADORES

- 1. Previamente queremos precisar que permitir lo que plantea la demanda presentada no significará que la legislación antitabaco sea burlada como indebidamente se afirma. Existen diversas medidas para evitar que ello suceda. Por un lado, los no fumadores pueden decidir libremente no acudir a los lugares exclusivos para fumadores. No hay que presumir maliciosamente que todos los establecimientos comerciales cerrados del país decidirán -en caso se acoja nuestra pretensión de inconstitucionalidad- autocalificarse como lugares exclusivos para

fumadores. No sólo, porque las reglas que rigen el libre mercado harían que los no fumadores decidan libremente no asistir a tales establecimientos, sino, porque además en caso de incumplirse con lo dispuesto por la Ley, la autoridad municipal puede -y debe- intervenir para evitar cualquier posible "fraude a la ley".

2. De otro lado, también hay que considerar que existen normas que deben proteger a los trabajadores. Así por ejemplo, a través del Decreto Supremo Nº 015-2005-SA, publicado el 06 de julio de 2005, se aprobó el Reglamento sobre Valores Límites Permisibles para Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo. Dicha norma estableció los valores límites permisibles para proteger la salud de los trabajadores de toda actividad ocupacional, para el control de riesgos inherentes a la exposición, principalmente por inhalación, de agentes químicos presentes en los puesto de trabajo. Si esta medida resulta válida, ¿por qué no pensar que medidas similares podrían existir para los trabajadores que pudieran prestar servicios en locales exclusivos para fumadores? Una medida como la planteada sería menos grave que prohibir en forma absoluta la existencia de lugares exclusivos para fumadores.
3. Por lo demás, como lo afirma el reconocido especialista Tomas Unger, hay que tomar en cuenta que en ciertas ocasiones la contaminación que produce un auto puede ser mayor a la que produce fumar¹¹. Es decir, pueden existir niveles de contaminación mayores que los que produce el tabaco y que no admiten medidas tan extremas como las que propone el artículo 3 de la Ley.
4. Retomando la aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad, es preciso evaluar que según la parte demandada el **fin constitucionalmente legítimo de la medida adoptada por la ley**: "(...) es garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pero no sólo de los no fumadores, como lo entiende la parte demandante, sino también de los fumadores". Es decir, a juicio del Congreso, la norma pretende garantizar la salud de los fumadores. Tal afirmación es inaceptable, pues constituye una típica medida paternalista. Como hemos indicado las personas fumadoras tienen derecho a hacerlo así se trate de una actividad que pueda afectar su salud. Considerar que el Estado puede, bajo el argumento de proteger la salud de los fumadores, prohibir fumar en determinados lugares en los cuales no se afecte a terceros implica asumir que existe una supuesta "debilidad de voluntad" de los fumadores que amerita la intervención del Estado, pues como lo

considera –increíblemente– el Informe de Amicus Curiae *"la libertad de fumar no es libertad"*. Estamos pues ante un medida paternalista ilegítima que lesiona el libre desarrollo de la personalidad, es decir, *"la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros"*¹².

5. Por lo demás, si se trata de proteger el derecho a la salud de los no fumadores, reconocido por el artículo 7º de la Constitución, la pretensión contenida en la demanda de inconstitucionalidad no atenta contra dicha finalidad, pues únicamente trata de garantizar los derechos de los fumadores, sin que en ningún momento se pretenda afectar los derechos de terceros no fumadores.

6. Como se ha hecho notar, existen otras medidas menos restrictivas que el legislador pudo aplicar, como permitir la creación de establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador. Es decir, permitir el funcionamiento de establecimientos públicos cerrados (como bares, cafés o discotecas) exclusivos para fumadores, los que podrían existir sin afectar o restringir los derechos fundamentales de las personas no fumadoras. Asimismo, resaltamos que en el caso de los trabajadores de los establecimientos exclusivos para fumadores, el Estado podría contar con una legislación que regule dicha actividad considerándola como una actividad de riesgo. Dicha regulación respetaría los derechos laborales y el derecho a la salud de los trabajadores y resultaría menos restrictiva que la prohibición absoluta, garantizando los principios de proporcionalidad y razonabilidad. El Estado, por tanto, en vez de introducir una prohibición absoluta, que resulta inconstitucional, debería adoptar otras medidas menos gravosas como, por ejemplo, la de aprobar una legislación que regule la situación de este tipo de trabajadores.

7. Finalmente, respecto la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos tampoco resulta necesaria; siendo posible adoptar medidas menos restrictivas; como por ejemplo prohibir el consumo de tabaco en los centros educativos únicamente cuando en estos acudan menores de edad, o únicamente en los espacios cerrados. En definitiva, una prohibición para ser legítima debe tomar en cuenta este tipo de excepciones. Una medida posible a tomar en cuenta es la prevista por la reciente ley española (Ley 42/2010, de 30 de diciembre de 2010) que modifica el artículo 7 inciso d) de la Ley 28/2005

¹¹ UNGER Tomas, "Humo contaminante. En defensa de la pipa", en El Comercio, Lima, 16 de diciembre de 2009, p. a5.

¹² NINO Carlos Santiago, Ob. Cit., p. 223.

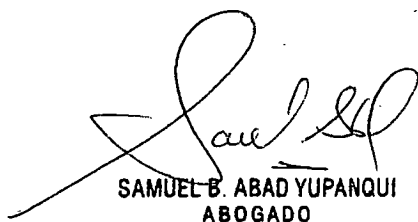
prohibiendo fumar en los "Centros docentes y formativos, salvo en los espacios al aire libre de los centros universitarios y de los exclusivamente dedicados a la formación de adultos, siempre que no sean accesos inmediatos a los edificios o aceras circundantes".

POR TANTO:

A usted señor Presidente del Tribunal Constitucional solicito tener presente lo expuesto y en su momento declarar **FUNDADA la demanda**, y en consecuencia, inconstitucional el **artículo 3º de la Ley N° 28705 – Ley General para la Prevención y Control del los Riesgos del Consumo de Tabaco–**, modificado por la Ley N° 29517, **en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en todos los espacios públicos cerrados del país.** Además, **en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, a las personas adultas el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los centros educativos.**

PRIMER OTROSI DIGO: Que adjunto a la presente demanda copia de la reciente ley española, Ley 42/2010, de 30 de diciembre de 2010, publicada en el Boletín Oficial del Estado, que modifica la Ley 28/2005 y que ha sido citada incorrectamente en el Informe de Amicus Curiae presentado

Lima, 06 de julio de 2011



SAMUEL B. ABAD YUPANQUI
ABOGADO
C.A.L. 13963
Estudio Ehecopar



JAIME BARCO RODA

I. DISPOSICIONES GENERALES

JEFATURA DEL ESTADO

20138 Ley 42/2010, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley.

PREÁMBULO

La Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, supuso un hito importante en la política de nuestro país en la lucha contra el tabaquismo, tanto en lo que se refiere a la prohibición de fumar en lugares públicos como a las medidas encaminadas a potenciar la deshabituación del tabaco y a tratar de erradicar a medio y largo plazo el hábito de fumar.

Transcurridos más de cuatro años de aplicación de la Ley, es patente, como se desprende de diversos estudios realizados al respecto, la necesidad de avanzar en la protección de la salud de los ciudadanos ampliando la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados y colectivos, lo que, por otro lado, satisface las demandas de los ciudadanos, como corroboran encuestas oficiales recientemente realizadas.

Dos son los colectivos especialmente beneficiados de esta medida. Por un lado, el de menores, grupo especialmente sensible de población que está expuesto al humo del tabaco en los lugares públicos cerrados. Por otro lado, el de trabajadores del sector de la hostelería que se encuentra claramente desprotegido con respecto al resto de los trabajadores, al estar expuestos al humo de tabaco ajeno.

Por todo ello, y en la línea seguida en materia de prevención y control del tabaquismo por la Unión Europea, con una estrategia concreta de la Comisión Europea, cuyo objetivo es ampliar la prohibición de fumar en espacios cerrados en todos los Estados miembros en 2012, posición que corrobora la ratificación por España, en diciembre de 2004, del Convenio Marco para el Control del Tabaco de la OMS, esta ley, que modifica la Ley 28/2005, se encamina a avanzar en las limitaciones tendentes a aumentar los espacios libres de humo del tabaco.

Artículo único. *Modificación de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.*

La Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, queda modificada como sigue:

Uno. Se añaden una nueva letra e) al artículo 2, cuyo contenido pasa a ser el apartado 1 de este artículo, y un nuevo apartado 2, que quedan redactados del siguiente modo:

- d) Centros docentes y formativos, salvo en los espacios al aire libre de los centros universitarios y de los exclusivamente dedicados a la formación de adultos, siempre que no sean accesos inmediatos a los edificios o aceras circundantes.
- e) Instalaciones deportivas y lugares donde se desarrollen espectáculos públicos, siempre que no sean al aire libre.
- f) Zonas destinadas a la atención directa al público.
- g) Centros comerciales, incluyendo grandes superficies y galerías, salvo en los espacios al aire libre.
- h) Centros de atención social.
- i) Centros de ocio o esparcimiento, salvo en los espacios al aire libre.
- j) Centros culturales, salas de lectura, exposición, biblioteca, conferencias y museos.
- k) Salas de fiesta, establecimientos de juego o de uso público en general, salvo en los espacios al aire libre.
- l) Áreas o establecimientos donde se elaboren, transformen, preparen, degusten o vendan alimentos.
- m) Ascensores y elevadores.
- n) Cabinas telefónicas, recintos de los cajeros automáticos y otros espacios cerrados de uso público de reducido tamaño. Se entiende por espacio de uso público de reducido tamaño aquel que no ocupe una extensión superior a cinco metros cuadrados.
- ñ) Estaciones de autobuses, salvo en los espacios que se encuentren al aire libre, vehículos o medios de transporte colectivo urbano e interurbano, vehículos de transporte de empresa, taxis, ambulancias, funiculares y teleféricos.
- o) Todos los espacios del transporte suburbano (vagones, andenes, pasillos, escaleras, estaciones, etc.), salvo en los espacios que se encuentren por completo al aire libre.
- p) Estaciones, puertos y medios de transporte ferroviario y marítimo, salvo en los espacios al aire libre.
- q) Aeropuertos, salvo en los espacios que se encuentren al aire libre, aeronaves con origen y destino en territorio nacional y en todos los vuelos de compañías aéreas españolas, incluidos aquellos compartidos con vuelos de compañías extranjeras.
- r) Estaciones de servicio y similares.
- s) Cualquier otro lugar en el que, por mandato de esta Ley o de otra norma o por decisión de su titular, se prohíba fumar.
- t) Hoteles, hostales y establecimientos análogos, salvo en los espacios al aire libre. No obstante, podrán habilitarse habitaciones fijas para fumadores, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 8.
- u) Bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados.
- v) Salas de teatro, cine y otros espectáculos públicos que se realizan en espacios cerrados.
- w) Recintos de los parques infantiles y áreas o zonas de juego para la infancia, entendiéndose por tales los espacios al aire libre acotados que contengan equipamiento o acondicionamientos destinados específicamente para el juego y esparcimiento de menores.
- x) En todos los demás espacios cerrados de uso público o colectivo.»

Ocho. El artículo 8 queda redactado del siguiente modo:

«En los lugares designados en la letra t) del artículo anterior se podrán reservar hasta un 30% de habitaciones fijas para huéspedes fumadores, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Estar en áreas separadas del resto de habitaciones y con ventilación independiente o con otros dispositivos para la eliminación de humos.
- b) Estar señalizadas con carteles permanentes.



Trece. La letra d) del número 2 del artículo 19 queda redactada del siguiente modo:

«d) No informar en la entrada de los establecimientos de la prohibición de fumar o no cumplir el resto de obligaciones formales a que se refiere esta Ley.»

Catorce. Se suprime la letra e) del número 2 del artículo 19.

Quince. Se modifican las letras a) y b) del número 3 del artículo 19, que quedan redactadas del siguiente modo:

a) Habilitar zonas para fumar en establecimientos y lugares donde no esté permitida su habilitación.

b) Permitir fumar en los lugares en los que existe prohibición de hacerlo.»

Dieciséis. El apartado 1 del artículo 20 queda redactado del siguiente modo:

«1. Las infracciones leves se sancionarán con multa de 30 a 600 euros, salvo la consistente en fumar en lugares prohibidos prevista en el artículo 19.2.a), que será sancionada con multa de hasta 30 euros si la conducta infractora se realiza de forma aislada; las graves, con multa desde 601 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves, desde 10.001 euros hasta 600.000 euros.»

Diecisiete. En el apartado 2 del artículo 21 se suprime la referencia a la letra e) del artículo 19.2.

Dieciocho. Se modifica la disposición adicional primera, que queda redactada del siguiente modo:

«No obstante lo dispuesto en los artículos 3.1 y 5.g), en lo que se refiere a la venta a través de la red de expendedurías de tabaco y timbre y de máquinas expendedoras, se permite la venta manual de cigarrillos y cigarrillos provistos de capa natural en los establecimientos a que se refiere la letra u) del artículo 7, que cuenten con autorización administrativa otorgada por el Comisionado para el Mercado de Tabacos.»

Diecinueve. Se suprime la disposición adicional segunda.

Veinte. Se modifica la disposición adicional tercera, que queda redactada del siguiente modo:

«Disposición adicional tercera. *Señalización de los centros o dependencias en los que existe prohibición de fumar y zonas habilitadas para fumar.*

En los centros o dependencias en los que existe prohibición legal de fumar deberán colocarse en su entrada, en lugar visible, carteles que anuncien la prohibición del consumo de tabaco y los lugares, en los que, en su caso, se encuentren las zonas habilitadas para fumar. Estos carteles estarán redactados en castellano y en la lengua cooficial con las exigencias requeridas por las normas autonómicas correspondientes.»

Veintiuno. Se modifica la disposición adicional cuarta, que queda redactada del siguiente modo:

«Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de las peculiaridades del Régimen Económico Fiscal de Canarias, respecto de la libertad comercial de los productos del tabaco en los establecimientos comerciales situados en el archipiélago canario, sin que esta excepción suponga limitación en la aplicación de las demás prescripciones contenidas en esta Ley, en especial lo previsto en las letras a), b), c), d), e) y f) del artículo 5, en el artículo 9, y, en todo caso, las destinadas a la protección de menores.»

Veintisiete. Se añade una disposición adicional undécima, que queda redactada del siguiente modo:

«Disposición adicional undécima. *Informe a las Cortes Generales.*

El Ministerio de Sanidad y Política Social deberá remitir a las Cortes Generales, con carácter bienal y durante los cuatro años siguientes a la entrada en vigor de la Ley, un informe de evaluación del impacto de esta reforma sobre la salud pública.»

Veintiocho. Se modifica el apartado 2 de la disposición final primera, que queda redactado del siguiente modo:

«2. Corresponde a las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta Ley, incluidas las características y advertencias sanitarias correspondientes.»

Disposición final primera. *Título competencial.*

Esta Ley se dicta con carácter básico al amparo del artículo 149.1.1.ª, 16.ª, 18.ª y 27.ª de la Constitución.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor el 2 de enero de 2011.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Madrid, 30 de diciembre de 2010.

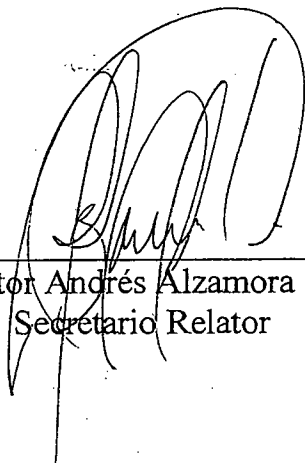
JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO

EXP. N° 00032-2010-PI/TC

Lima, 06 de julio de 2011

Téngase presente lo expuesto al momento de resolver.



Dr. Víctor Andrés Alzamora Cárdenas
Secretario Relator

ANEXO 12

008772



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
del Poder Judicial
del Perú

Exp. No. 0032-2010-PI/TC
PRINCIPAL

Solicita ser considerado AMICUS CURIAE

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown ("Instituto O'Neill"), *Campaign for Tobacco Free Kids* ("CTFK") y la Alianza para el Convenio Marco ("FCA"), con domicilio en Estados Unidos de América, debidamente representados por Oscar A. Cabrera (Sub-Director, Instituto O'Neill), Patricia Sosa (Directora Programas Latinoamericanos, CTFK) y Laurent Huber (Director, FCA) comparecen en el proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco, modificado por el artículo 2 de la Ley No. 29517, intentado por el señor Jaime Barco Roda en representación de más de cinco mil ciudadanos.

DOMICILIO.-

Que a efectos de la presente petición, constituimos domicilio en la Casilla 6412 del Colegio de Abogados de Lima sito en la Av. Santa Cruz cda 2, Miraflores.

PETITORIO.- SOLICITUD DE SER CONSIDERADOS AMICUS CURIAE

Es nuestra intención presentarnos ante el expediente No. 0032-2010-PI/TC, seguido por el señor Jaime Barco Roda en representación de más de cinco mil ciudadanos, en el proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco, modificado por el artículo 2 de la Ley 29517.

El escrito que adjuntamos apoya la constitucionalidad de la reforma normativa, toda vez que entendemos que, desde una perspectiva de derecho internacional, dicha reforma responde a lo establecido en el Convenio Marco para el Control del Tabaco, de la Organización Mundial de la Salud, así como a tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú.

La relevancia pública del caso es evidente, no sólo para el Perú si no para la región, por lo que las instituciones O'Neill Institute, CTFK y FCA hemos decidido presentar el presente *Amicus Curiae*.

SOBRE LAS INSTITUCIONES

El **Instituto O'Neill** se encuentra ubicado en Washington DC, en la Escuela de Derecho de la Universidad Georgetown. La misión del Instituto se centra en contribuir al análisis de las múltiples maneras en las que el derecho puede ser utilizado para mejorar la salud. El O'Neill Institute espera alentar al empleo del derecho como una herramienta positiva que permita a individuos y poblaciones de Estados Unidos y el resto del mundo llevar vidas más sanas.

CTFK lidera la tarea de reducir el consumo de tabaco y sus consecuencias devastadoras para la salud y la economía en los Estados Unidos y en todo el mundo. La Campaña, organización no gubernamental con sede en Washington DC, trabaja junto con varios socios nacional e internacionalmente con el propósito de: a) Informar a los gobiernos, al público en general y los medios de comunicación acerca de los numerosos efectos nocivos del cigarrillo, otras formas de consumo de tabaco y la exposición al humo de segunda mano; b) Respalda la adopción de medidas con sustento científico que reduzcan el consumo de tabaco y la exposición al humo de segunda mano y c) Compartir las mejores prácticas y la información para garantizar que los esfuerzos destinados a reducir el consumo de tabaco sean lo más eficaces posibles.

La **FCA**, es una alianza de la sociedad civil integrada por cerca de 400 organizaciones de más de 100 países que trabajan en el desarrollo, ratificación y aplicación del primer tratado mundial sobre salud pública, el Convenio Marco para el Control del Tabaco.

POR TANTO:

Respetuosamente le solicitamos a este honorable Tribunal que acepte la petición de *AMICUS CURIAE* la cual esperamos pueda contribuir al debate planteado en el presente juicio.

Se acompaña como anexo el contenido del informe técnico que como *AMICUS CURIAE* presentamos a la judicatura.

Washington, 1 de julio del 2011

Oscar A. Cabrera
Deputy Director
O'Neill Institute for National and Global Health
Law

Patricia Sosa
Director of Latin American Programs
Campaign for Tobacco-Free Kids

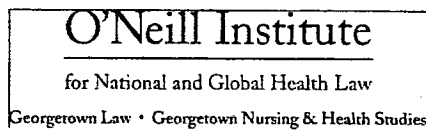
Laurent Huber
Director
Framework Convention Alliance

O'Neill Institute
for National and Global Health Law
Georgetown Law • Georgetown Nursing & Health Studies



316

079000



Presentación de O'Neill Institute for National and Global Health Law, en Georgetown University Law Center ("Instituto O'Neill")¹, Campaign for Tobacco Free Kids ("CTFK")² y Framework Convention Alliance ("FCA")³ como Amicus Curiae ante el Tribunal Constitucional de la República del Perú en el marco de la demanda de Inconstitucionalidad presentada por Jaime Barco Roda, admitida el 10 de diciembre de 2010

Amicus Curiae en defensa de la constitucionalidad de la ley 28705 reformada mediante la ley 29517

I. INTRODUCCIÓN

En el caso en el que se discute la constitucionalidad de la ley 28705 reformada mediante la ley 29517, respetuosamente nos presentamos para apoyar la validez de la misma. A tal fin, sometemos respetuosamente a su consideración el presente escrito, el cual, como "Amigos de la Corte" (*Amicus Curiae*) dejamos a disposición de este distinguido Tribunal, el cual esperamos pueda contribuir al presente debate.

Para empezar, queremos incluir información sobre la magnitud de la epidemia del tabaquismo a nivel global, regional y en particular en Perú:

- De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud ("OMS"), 1 de cada 10 muertes entre adultos en todo el mundo (unos 5 millones de fallecimientos al año) es por causa del tabaco. Este organismo internacional ha señalado que "de mantenerse las pautas actuales de tabaquismo, el consumo de tabaco provocará unos 10 millones de defunciones por año para 2020"⁴.

¹ El O'Neill Institute for National and Global Health Law está ubicado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown en Washington DC. La misión del Instituto consiste en examinar como el derecho puede ser utilizado como una herramienta para proporcionar soluciones innovadoras para los principales problemas de salud, tanto en el ámbito nacional como internacional. El Instituto, un proyecto conjunto de la Escuela de Derecho y la Facultad de Enfermería y Estudios sobre la Salud, también aprovecha los importantes recursos intelectuales de la Universidad, incluida la Facultad de Medicina, el Instituto de Política Pública y el Instituto Kennedy de Ética. Al contribuir con un entendimiento más poderoso y profundo de las múltiples maneras en las que el derecho puede ser utilizado para mejorar la salud, el Instituto O'Neill espera alentar al empleo del derecho como una herramienta positiva que permita a individuos y poblaciones de Estados Unidos y el resto del mundo llevar vidas más sanas. www.oneillinstitute.org (<http://www.law.georgetown.edu/oneillinstitute/index.cfm>)

² La Campaña para Niños Libres de Tabaco lidera la tarea de reducir el consumo de tabaco y sus consecuencias devastadoras para la salud y la economía en los Estados Unidos y en todo el mundo. La Campaña, organización no gubernamental con sede en Washington DC, trabaja junto con varios socios nacional e internacionalmente con el propósito de: a) Informar a los gobiernos, al público en general y a los medios de comunicación acerca de los numerosos efectos nocivos del cigarrillo, otras formas de consumo de tabaco y la exposición al humo de segunda mano; b) Respalda la adopción de medidas con sustento científico que reduzcan el consumo de tabaco y la exposición al humo de segunda mano y c) Compartir las mejores prácticas y la información para garantizar que los esfuerzos destinados a reducir el consumo de tabaco sean lo más eficaces posibles. www.tobaccofreekids.org

³ La Alianza para el Convenio Marco- FCA, es una alianza de la sociedad civil integrada por cerca de 400 organizaciones de más de 100 países que trabajan en el desarrollo, ratificación y aplicación del primer tratado mundial sobre salud pública, el Convenio Marco para el Control del tabaco (CMCT). www.fctc.org

⁴ Organización Mundial de la Salud, Iniciativa Liberarse del Tabaco, disponible en www.who.int/tobacco/health_priority/es/index.html

317

558000



- De acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud (“OPS”), el tabaco mata 1 millón de personas al año en el continente americano y le cuesta \$200 mil millones de dólares al año a la economía mundial⁵.
- Actualmente, hay más de 120 millones de fumadores en la región de Latinoamérica y más de la mitad de ellos morirán como consecuencia de alguna enfermedad relacionada con el tabaco.⁶
- De acuerdo a estudios científicos recientes⁷, Latinoamérica se encuentra en la Etapa 2 de la epidemia de tabaco, con una prevalencia de consumo de tabaco cada vez mayor en los hombres, un naciente incremento de la prevalencia entre las mujeres y una mortalidad atribuible al tabaco entre los hombres que aún no ha llegado a su pico máximo.⁸
- EL 18.4 por ciento de la población de Perú (comprendida entre los 12 y 64 años) fumó en los últimos 30 días y 8 millones del total de 30 millones, han probado el tabaco alguna vez.⁹

Teniendo en cuenta la gravedad de estos datos y habida cuenta de la trascendencia que tendrá el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de la República del Perú, el Instituto O’Neill, CTFK y FCA desean realizar su aporte al proceso de toma de decisión en este caso el cual tendrá un importante impacto en la salud pública del Perú.

En este escrito, primero, se vincularán las obligaciones derivadas del derecho humano a la salud con el marco legal de control del tabaco. Posteriormente, se analizará la efectividad de los ambientes libres de humo como política de salud pública, demostrando que estas medidas respetan los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Finalmente, se vinculará la regulación en cuestión con la idea de mercado pasivo de una actividad lícita, tolerada pero desestimulada por razones de salud pública. Se concluirá, entonces, que la ley 28705 reformada mediante la ley 29517 no sólo es una regulación válida sino más bien es obligación del Estado implementar dichas medidas para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos.

II. EL DERECHO HUMANO A LA SALUD Y EL ROL DEL CONVENIO MARCO PARA EL CONTROL DEL TABACO

Desde una perspectiva de Derecho Internacional, la República del Perú tiene la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho a la vida y la salud, por ser esenciales y parte del núcleo intangible de la personalidad humana. Esta obligación surge de manera inequívoca de la ratificación de instrumentos tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (“CADH”) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PIDESC”). Dentro de este marco normativo, el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar actos que atenten contra estos Derechos Humanos así como la obligación de realizar actividades positivas para asegurar que las personas no sean víctimas de violaciones a estos derechos.

⁵ Organización Panamericana de la Salud, Programa del Control del Tabaco, disponible en <http://new.paho.org>

⁶ Fernando Muller and Luis Wehbe, Smoking and Smoking Cessation in Latin America: a review of the current situation and available treatments, 3 Int’l J. COPD 285 (2008).

⁷ Si bien se considera que algunos países de la región se encuentran en la etapa 3, Latinoamérica como tal se encuentra en la etapa 2.

⁸ Ana M. Menezes et. al., Prevalence of smoking and incidence of initiation in the Latin American adult population: the PLATINO study, 9 BMC Public Health 151 (2009) disponible en <http://www.biomedcentral.com/1471-2458/9/151>; y Lopez A, Collishaw N, Piha T: *A descriptive model of the cigarette epidemic in developed countries*. Tob Control, 3(242-247) (1994) disponible en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1759359/pdf/v003p00242.pdf>.

⁹ CEDRO - HEATH BRIDGE. Tabaquismo en hogares Pobres del Perú. Informe Final. Centro de Información y Educación para la Prevención de Abuso de Drogas. Lima, Perú 2010. p. 4.



A fin de interpretar el concepto de la obligación de proteger, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (“CDESC”)¹⁰ ha afirmado que “[l]as violaciones de las obligaciones de proteger dimanar del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Figuran en esta categoría omisiones tales como (...) la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de (...) el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas...”¹¹ Dada la alta prevalencia en el consumo de tabaco, tal y como fue descrito en la primera sección de este escrito, el Estado debe actuar para detener la epidemia de tabaquismo y proteger la salud pública.

Como se observa del análisis de tratados internacionales de Derechos Humanos, el Estado peruano está en la obligación de instrumentar medidas para promover la disminución del consumo de tabaco, protegiendo la salud de su población. Con la ratificación del Convenio Marco para el Control de Tabaco (“CMCT”), patrocinado por la OMS, el Estado de Perú se comprometió a implementar ciertas medidas para controlar la epidemia de tabaco. Así, independientemente de la discusión sobre el carácter de Derechos Humanos de este convenio, lo cierto es que es un compromiso internacional que permite interpretar una obligación internacional de Derechos Humanos como lo es la de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud de su población. Más aún, se constituye así en el único estándar legal para la interpretación de obligaciones vinculadas al derecho a la salud en cuanto al control del tabaco. Desde esta perspectiva y tal como se examinará en la siguiente sección, los cambios introducidos a la ley 28705 no son solamente válidos sino obligatorios en virtud de estos compromisos internacionales asumidos por Perú.

La utilización del CMCT como un estándar para interpretar tratados de Derechos Humanos en cuanto a su vinculación con la salud ya ha sido apoyada incluso por los propios órganos de Derechos Humanos del sistema universal. Así, el CDESC ya ha analizado la conexión entre el control del tabaco y la obligación estatal de proteger la salud de su población. Por ejemplo, en el 2009 durante el examen periódico de Brasil, que al igual que Perú ha ratificado la CMCT, el Comité recomendó a Brasil que, como Estado parte del PIDESC, tomara medidas para reducir el impacto del tabaco en la población en los siguientes términos:

*“30. El Comité toma nota con preocupación que en el Estado parte sigue estando permitido incitar al consumo de tabaco en la publicidad y que, aunque el consumo de productos de tabaco está prohibido en los espacios públicos, está permitido fumar en áreas específicamente designadas al efecto. (...) El Comité recomienda que el Estado parte adopte medidas para prohibir la promoción de los productos de tabaco y apruebe legislación para garantizar que todos los espacios públicos cerrados estén completamente libres de tabaco.”*¹²

Como se observa en la observación y en la recomendación correspondiente, el CDESC utiliza el CMCT como estándar para evaluar el cumplimiento con las obligaciones que se derivan del derecho a la salud según está reconocido en el PIDESC. Este tipo de enfoques es compartido también por instituciones como la Organización

¹⁰ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) por sus Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto. El Comité publica su interpretación de las disposiciones del Pacto, en forma de observaciones generales. Su página web es: www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/index.htm.

¹¹ Comentario General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el resaltado nos pertenece).

¹² CESCR (2009), Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Brasil, E/C.12/BRA/CO/2.



Panamericana de la Salud (OPS), que ha afirmado que *“los gobiernos nacionales cuentan con la facultad de reglamentar el uso de tabaco en los lugares públicos así como en los lugares de trabajo públicos y privados, y deberían implementar las leyes, políticas, planes y prácticas, guiados por sus obligaciones de derechos humanos que estipulan que todos estos entornos deben estar 100% libres del humo del tabaco”*¹³.

III. LA PROTECCIÓN EFECTIVA CONTRA EL HUMO DE SEGUNDA MANO

Como lo establece la directriz al artículo 8 del Convenio Marco, *“la aplicación de las medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco, previstas en el artículo 8 del Convenio Marco de la OMS comporta la abstención total del acto de fumar y la eliminación total del humo de tabaco en un espacio o ambiente determinado a fin de lograr un entorno absolutamente libre de humo de tabaco”*¹⁴. Asimismo, la OMS ha manifestado que el establecimiento de ambientes 100 por ciento libres de humo es la única estrategia efectiva *“para reducir la exposición al humo de tabaco en espacios cerrados a niveles seguros (...) Expertos en ventilación y salud concuerdan en que la ventilación no es una solución para este importante problema de salud”*¹⁵. Un estudio en más de 1.200 lugares públicos en 24 países reveló que el nivel de contaminación del aire en lugares cerrados era un 89 por ciento más bajo en los lugares libres de humo, comparados con aquellos donde se fumaba¹⁶. Estos cambios tienen un impacto positivo directo en la salud. Desde la implementación de la prohibición de fumar, Escocia ha experimentado una reducción del 17 por ciento en las internaciones por ataques cardíacos en 9 hospitales importantes¹⁷. Asimismo, estudios llevados a cabo en los Estados Unidos e Italia han revelado que la cantidad de hospitalizaciones por ataques cardíacos se ha reducido considerablemente después de la implementación de leyes estrictas de ambientes libres de humo en lugares públicos y de trabajo.^{18 19}

Uno de los argumentos de la demanda es que se deberían permitir lugares exclusivos para fumadores donde sólo trabajarían fumadores. Esta opción presenta dos debilidades insalvables. Por un lado, la experiencia internacional demuestra que este tipo de permisos terminan en la expansión de sitios en los que además de fumar se permite vender comida o bebidas con lo que en la práctica son indiferenciables de cualquier restaurante o un bar, perdiendo el sentido de la regla. Por otra parte, el propio Estado peruano reconoció internacionalmente que *“la propagación de*

¹³ Organización Panamericana de la Salud (2006), Exposición al humo de tabaco ajeno en las Américas, Washington DC, p. 26 y 27, (el resaltado nos pertenece).

Disponible en: www.paho.org/spanish/dd/pub/10069_Fumadores.pdf.

¹⁴ Directrices para la aplicación del artículo 8 del CMCT de la OMS sobre Protección contra la exposición al humo de tabaco, p. 6.

¹⁵ OMS (2007), Policy recommendations on protection from exposure to second-hand tobacco smoke, p. 20.

¹⁶ Roswell Park Cancer Institute, Department of Health Behavior; International Agency for Research on Cancer; Division of Public Health Practice, Harvard School of Public Health (September 2006). A 24-Country Comparison of Levels of Indoor Air Pollution in Different Workplaces. Disponible en: http://www.tobaccofreeair.org/downloads/GAMS%20report.v7_Sept_06.pdf

¹⁷ Sally Haw. Scotland's Smokefree Legislation: Results from a comprehensive evaluation. Presentation given at the Towards a Smokefree Society Conference. Edinburgh Scotland, 10 – 11 September 2007. Disponible en: <http://www.smokefreeconference07.com/programme.php>. Accessed 10.30.07.

¹⁸ Sargent RP, Shepard RM, Glantz SA (2004) Reduced incidence of admissions for myocardial infarction associated with public smoking ban: before and after study. British Medical Journal. 328(7446):977-80. Disponible en: <http://www.bmj.com/cgi/content/short/bmj.38055.715683.55v1>.

¹⁹ Bartecchi C, Alsever RN, Nevin-Woods C et al (2006) Reduction in the incidence of acute myocardial infarction associated with a citywide smoking ordinance,” Circulation. 114(14):1490-6. Disponible en: <http://circ.ahajournals.org/cgi/content/short/CIRCULATIONAHA.106.615245v1>.



la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública” y se comprometió a instrumentar “medidas eficaces para promover el abandono del consumo de tabaco y el tratamiento adecuado de la dependencia del tabaco”²⁰. Sería un contrasentido permitir estos lugares con el requisito de que los trabajadores deben ser fumadores, afección que el propio estado se comprometió a combatir. Por si fuera poco, la regulación sugerida por Jaime Barco Roda y los firmantes de la demanda implicaría una discriminación contra los no fumadores en el acceso al trabajo.

Asimismo, desde una perspectiva de derecho laboral, una de las provisiones principales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) requiere que el ambiente laboral esté libre de contaminación atmosférica²¹. Esto incluye el humo de segunda mano, que está considerado un cancerígeno de primera clase²² por instituciones como la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la Agencia Internacional para la Investigación de Cáncer (IARC)²³, instituciones que además coinciden en que ningún nivel de exposición al humo de tabaco es inocuo. Este tipo de análisis es también compartido por numerosos órganos jurisdiccionales, como la Corte Constitucional de Colombia, que ha afirmado que “*existe un consenso global acerca del carácter intrínsecamente nocivo de los productos de tabaco y sus derivados, habida cuenta el daño cierto, objetivo y verificable que provoca a la salud de quienes lo consumen y de los fumadores pasivos*”²⁴. El punto respecto a la inexistencia de valores inocuos de humo de tabaco responde de manera concluyente el planteo de la demanda en el punto VII.2.11 en el que se defiende la habilitación de áreas para fumadores en espacios públicos siempre que se encuentren “en los valores máximos permisibles para sustancias tóxicas”. Habida cuenta de que los sistemas de ventilación no eliminan el humo de tabaco, la única regulación posible es la prohibición de esas áreas. Estas reglas de derecho laboral son de orden público, por lo que deben ser cumplidas aun existiendo acuerdo entre empleador y trabajadores en sentido contrario. El objetivo de estas normas es la protección de la salud de los trabajadores y por ello mismo son irrenunciables.

Siguiendo en la perspectiva laboral, a diferencia de ciertos químicos cuya presencia puede ser parte de procesos productivos o de provisión de servicios, el humo de tabaco no es un elemento ineludible de este tipo de procesos. Por ello no corresponde generar herramientas para tratar ese humo (como podría exigirse frente a otro tipo de sustancias contaminantes), sino que la normativa internacional laboral exige que su presencia en el ambiente de trabajo sea reducida a cero. Este último punto da por tierra con el argumento contenido en el apartado VII.2 13 de la demanda en el que se pretende igualar el trabajo en un establecimiento en el que se permite fumar a un trabajo de riesgo. Los trabajos de riesgo son tales cuando el carácter riesgoso es inescindible a la actividad laboral, lo cual ciertamente no es el caso de bares o restaurantes u otros lugares públicos cerrados.

El argumento de que se debería permitir fumar en instituciones educativas, tampoco resiste mayor análisis desde que el propio Convenio Marco establece en su artículo 12 que “*cada parte promoverá y fortalecerá la concientización*

²⁰ CMCT, preámbulo y artículo 14.

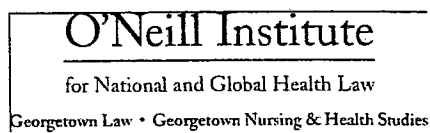
²¹ R164 Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981.

²² Productos de esa misma naturaleza cancerígena como el asbesto, el silicio o el benceno tienen estándares de regulación mucho más estrictos que los que se imponen (y discuten) respecto al tabaco.

²³ Organización Panamericana de la Salud (OPS), Salud en las Américas, Vol. I, Edición 2002, Washington DC.

U.S. Department of Health And Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Health Promotion and Education, Office on Smoking and Health. The Health Consequences of Involuntary Smoking. A Report of the Surgeon General. Rockville, Maryland: U.S. Department of Health And Human Services, 1986. Disponible en: http://www.cdc.gov/tobacco/sgr/sgr_1986/index.htm.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-830/10, Referencia: expediente D-8096, 20 de Octubre de 2010, p. 28.



del público acerca de las cuestiones relativas al control del tabaco utilizando de forma apropiada todos los instrumentos de comunicación disponibles”²⁵. Habida cuenta de la importancia de los centros educativos para las estrategias de concientización y sensibilización de la población, una prohibición absoluta aplicable a establecimientos educativos se encuentra en armonía con el artículo 12 del CMCT. A modo de referencia, prohibiciones exhaustivas de fumar en universidades se han aprobado en países como Austria, Bolivia, Cuba, Egipto, Guatemala, India, Nueva Zelanda, Reino Unido y Uruguay, entre muchos otros²⁶. Subsidiariamente, es una medida que fortalece la protección de los jóvenes frente al tabaco ya que no hay garantías de que aún en instituciones de educación superior no asistan menores de edad. Teniendo en cuenta que está probado que la industria tabacalera apunta sus campañas de comunicación a niños y jóvenes²⁷, las medidas extra de protección ante estas estrategias pueden justificarse en compromisos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño.

La demanda afirma también que al prohibir el consumo de tabaco en lugares exclusivamente para fumadores se está promoviendo de forma indirecta que aumente el consumo en los hogares de los fumadores (punto VII.3.15), algo que se contrapone con la experiencia de otros países. Una encuesta llevada a cabo por la Action on Smoking and Health UK (Acción para el Tabaco y la Salud del Reino Unido), la organización Asthma UK, y la British Thoracic Society (Sociedad Británica de Tórax) consultó a las personas que se encontraban expuestas al humo antes y después de la legislación de ambientes libres de humo cerca de sus niveles de exposición al humo de segunda mano en el hogar. Los resultados revelaron que la exposición había disminuido considerablemente debido a que la ley alentaba a las personas a hacer que sus hogares fueran ambientes libres de humo²⁸.

Como se desprende de los anteriores párrafos y en contraposición a lo que sostiene la demanda, entendemos que este tipo de medidas son idóneas, necesarias y proporcionales en *strictu sensu*, cumpliendo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad. De acuerdo a investigaciones científicas, las leyes de ambientes libre de humo llevaron a una reducción del 3 por ciento de las tasas de fumadores y a una disminución de tres cigarrillos fumados por día entre quienes continuaban fumando²⁹, con lo que se demuestra su idoneidad. Esta medida es, además, necesaria en tanto las opciones menos restrictivas no cumplen con el fin protectorio de la salud. En este sentido, la Asociación de Ingenieros en Calefacción, Refrigeración y Aire Acondicionado (ASHRAE) de los Estados Unidos afirmó que la única manera de eliminar los riesgos a la salud asociados con el humo de segunda mano es mediante una prohibición absoluta del fumado³⁰. Estos datos contrarrestan el planteo del punto VII.2.11 de la demanda en el que se afirma que “tan sólo hubo cuatro meses para evaluar la idoneidad de la medida dispuesta por el artículo 3 original de la ley 28705 (...) por lo que no puede argumentarse que dicha medida no resultaba suficiente”. Teniendo en cuenta los antecedentes científicos, no es necesario someter a la población peruana a una situación de afectación de su derecho a la salud. Finalmente, la proporcionalidad en *stricto sensu* indica que el grado de

²⁵ CMCT, Artículo 12.

²⁶ Alianza para el Convenio Marco (2008), Entornos libres de humo. Informe sobre la situación internacional al 31 de Diciembre de 2008, disponible en: http://tobaccofreecenter.org/files/pdfs/es/SF_environments_report_es.pdf.

²⁷ N. Hafez, P.M. Ling, .How Philip Morris Built Marlboro into a Global Brand for Young Adults: Implications for International Tobacco Control., *Tobacco Control*, Vol. 14 No. 4 (2005) and G. Hastings, L. MacFadyen, *Keep Smiling: No-One's Going to Die*, British Medical Association Tobacco Control Resource Centre, London, (2000).

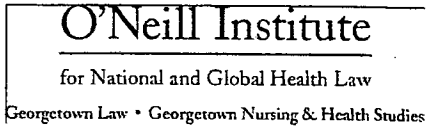
²⁸ ASH UK. As the smoke clears: The Myths and Realities of Smokefree England. October 2007 Disponible en: <http://smokefree.ash.positive-dedicated.net/pdfs/mythsandrealitiesofsmokefreeengland.pdf>.

²⁹ Fichtenberg CM and Glantz SA (2002). Effect of smoke-free workplaces on smoking behaviour: systematic review. *British Medical Journal* 325:18.

³⁰ Samet J et al. (2005). Posición de la ASHRAE respecto al humo de tabaco ambiental. Disponible en: www.ashrae.org/content/ASHRAE/ASHRAE/ArticleAltFormat/20058211239_347.pdf.

322

065001



realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación de la libertad de empresa y al libre desarrollo de la personalidad. Como se mostró en evidencias científicas, el objetivo de proteger la salud de la población se alcanza con estas medidas. Asimismo, el grado de afectación de los derechos en juegos no implica una negación de los mismos, como se sostiene en la demanda, ya que, por un lado, no se afectan los elementos esenciales de las libertades comerciales como son la producción y venta de estos productos. Asimismo y como se verá en el siguiente punto, tampoco implica una negación del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

IV. El concepto de mercado pasivo respecto a una actividad lícita

En numerosas ocasiones, la demanda afirma que la nueva legislación implica una violación al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (punto VI.1.5) o que es una muestra de intolerancia hacia la libertad de elección (punto VII.2.19). Según la demanda, la regulación de la ley 28705 implicaría en los hechos una prohibición de fumar contraria al artículo 8 de la Constitución de Perú. Este argumento, como se fundamentará a continuación, no es acertado.

Sin entrar en un análisis del texto constitucional peruano, consideramos pertinente citar una reciente decisión de la Corte Constitucional de Colombia que, luego de hacer referencia a que el consumo del tabaco implica un grave problema de salud pública, enuncia que *"no sólo resulta aceptable sino obligatorio que se impongan restricciones dirigidas a desestimular el consumo de tabaco, (...) enmarcadas todas ellas en la voluntad estatal de llevar a la producción, importación y comercialización a la condición de un mercado pasivo, esto es, que aunque es jurídicamente tolerado, no está sujeto a la promoción estatal"*³¹. Se habla, entonces, de mercado pasivo aplicable a una actividad que, aunque legalmente permitida, es desincentivada por el Estado para proteger un valor constitucional y vinculado a un derecho humano como lo es la protección de la salud. Esta regulación respeta el derecho al libre desenvolvimiento, pero habida cuenta de la obligación de promover el derecho a la salud, desestimula ciertas pautas de conducta sin imponer un estándar moral. Como afirma Rodrigo Uprimny, las actividades que implican riesgos deben ser especialmente reguladas por el Estado³² y este es ciertamente el caso del tabaco. Entendemos que esta conceptualización rebate el argumento presentado en la demanda y demuestra que la actual ley 28705 bajo ningún punto está prohibiendo el consumo de tabaco de manera absoluta, sino simplemente promoviendo estándares de vida más saludables y asegurando que las decisiones individuales no afecten negativamente el derecho a la salud del resto de las personas.

V. Conclusión

Es por estas razones que el Instituto O'Neill, CTFK y FCA respetuosamente le solicitan a este honorable tribunal que declare sin lugar la demanda y afirme la constitucionalidad de la ley 28705 reformada mediante la ley 29517, ya que la la misma no sólo es una regulación constitucionalmente válida sino exigible desde la perspectiva del Derecho Internacional de Derechos Humanos y la obligación de proteger el derecho a la salud de la población de la República del Perú.

³¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-830/10, Referencia: expediente D-8096, 20 de Octubre de 2010, p. 21.

³² Uprimny, Rodrigo y Camilo Castillo, Constitución, democracia y tabaco en Colombia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), Bogotá, 2009, p. 10.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

323

F. PASOUI


EXP. N° 00032-2010-PI/TC
CINCO MIL CIUDADANOS
LIMA

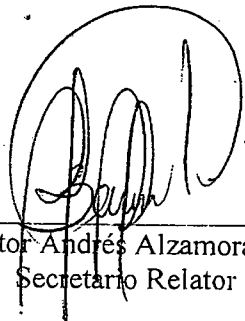
Lima, 11 de julio de 2011

VISTO el escrito que antecede, presentado por O' Neill Institute for National and Global Health Law, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown ("Instituto O' Neill"), Campaign for Tobacco Free Kids ("CTFK") y la Alianza para el Convenio Marco ("FCA") mediante el cual solicita su intervención como amicus curiae y presenta un informe sobre la Magnitud de la Epidemia del Tabaquismo a nivel global y **atendiendo a:** Primero: que conforme lo dispone el artículo 13°-A (incorporado por el Artículo Segundo de la Resolución Administrativa N° 034-2005-P/TC, publicada el 23 de abril de 2005 en el diario oficial *El Peruano*) del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el Pleno o las Salas pueden solicitar información del (los) amicus curiae (amici curiarum), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados. Segundo: que si bien es cierto que es el propio Tribunal quien solicita información de los amicus curiae, este Colegiado considera oportuna la participación del O' Neill Institute for National and Global Health Law, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown ("Instituto O' Neill"), Campaign for Tobacco Free Kids ("CTFK") y la Alianza para el Convenio Marco ("FCA") para intervenir en el proceso en calidad de tal; en consecuencia, **se resuelve:** Declarar procedente la intervención del O' Neill Institute for National and Global Health Law, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown ("Instituto O' Neill"), Campaign for Tobacco Free Kids ("CTFK") y la Alianza para el Convenio Marco ("FCA") en calidad de amicus curiae y tener presente el informe presentado en la fecha al momento de resolver.

Notifíquese a las partes.

S.

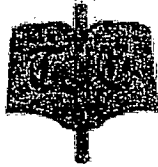

CARLOS MESÍA RAMÍREZ
Presidente


Dr. Víctor Andrés Alzamora Cárdenas
Secretario Relator

ANEXO 13



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DEL 19 DE JULIO DE 2011

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

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

SÍNTESIS

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

Magistrados firmantes

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
URVIOLA HANI

REC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

SUMARIO

I. ASUNTO

II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS

III. ANTECEDENTES

- §1. Argumentos de la demanda.
- §2. Argumentos de la contestación de la demanda.
- §3. Argumentos de los *amici curiae*.
 - 3.1 Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
 - 3.2 *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, *Campaign for Tobacco Free Kids* y Alianza para el Convenio Marco.

IV. FUNDAMENTOS

- §1. Delimitación del petitorio.
- §2. Fumar ¿forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad?
- §3. La prohibición de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores ¿limita los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa?
- §4. ¿Qué finalidades persiguen las prohibiciones de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores y de que se pueda fumar en las áreas abiertas de los centros educativos solo para adultos?
- §5. Limitar el acto de fumar teniendo como finalidad proteger la salud del propio consumidor de tabaco ¿es una finalidad constitucionalmente válida?
- §6. Reducir el consumo de tabaco como finalidad constitucionalmente obligatoria, a la luz del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.
- §7. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de idoneidad?
- §8. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de necesidad?
- §9. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto?
- §10. Imposibilidad de adoptar medidas futuras que protejan en menor grado el derecho fundamental a la salud frente a la epidemia del tabaquismo.

V. FALLO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

I. ASUNTO

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

II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA

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

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

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

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

III. ANTECEDENTES

§1. Argumentos de la demanda

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos.

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

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

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

Señalan que el impedimento de la existencia de locales exclusivos para fumadores donde únicamente trabaje personal fumador, no es una medida idónea para garantizar el derecho a la salud de los no fumadores, pues éstos no se encontrarían expuestos al humo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

del tabaco. Asimismo, sostienen que tampoco resulta idóneo para proteger el derecho a la salud de los no fumadores, la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos para personas adultas, puesto que en dicho supuesto, al encontrarse al aire libre, los no fumadores no se encuentran expuestos al humo del tabaco. En esa medida, consideran que la disposición cuestionada no supera el subprincipio de idoneidad, conformante del principio de proporcionalidad.

Aducen que las medidas adoptadas antes de la expedición de la norma impugnada eran idóneas para alcanzar los fines perseguidos, pero menos restrictivas de los derechos de los fumadores y de los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, pues permitía el consumo de tabaco en espacios abiertos, y en cuanto a los espacios cerrados establecía la posibilidad de un área no mayor del 10% del local para fumadores, la cual debía encontrarse separada del área de no fumadores, dentro de los valores máximos permisibles para sustancias tóxicas y contar con mecanismos adecuados de ventilación y extracción del humo, los que impedían la contaminación del área de no fumadores. Sostienen que durante el tiempo que estuvo vigente la legislación anterior, el Estado no realizó los esfuerzos para que se cumplan las medidas establecidas, de manera que restringir el marco regulatorio solo porque las municipalidades no han ejercido sus funciones fiscalizadoras, es hacer responsables a los administrados por las limitaciones de la Administración, afectándose con ello el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los fumadores, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Asimismo, señalan que existían otras medidas menos restrictivas por las que se pudo optar, como permitir la creación de establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador, quienes podrían estar cubiertos por un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Y respecto de la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos, consideran que se pudo optar alternativamente por prohibir el consumo del tabaco en los centros educativos únicamente cuando en estos acudan menores de edad o únicamente en los espacios cerrados. En definitiva, aducen que la norma incoada no genera un estado superior de protección para los no fumadores, restringiendo innecesariamente el derecho de los fumadores, motivo por el cual no supera el subprincipio de necesidad.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

§2. Argumentos de la contestación de la demanda

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

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

Con relación a la interrogante de los demandante acerca de por qué tendría que prohibirse el funcionamiento de establecimientos exclusivamente para fumadores, donde además trabaje personal fumador, aduce que debe tomarse en cuenta que el artículo impugnado prohíbe fumar en los "interiores de los lugares de trabajo", aún en el caso de que trabaje personal fumador. En tal sentido, los demandantes estarían pretendiendo el reconocimiento de una excepción a la referida prohibición, siendo además que en tal supuesto el personal fumador estaría mucho más expuesto a las consecuencias del tabaquismo, pues no solo tendría que soportar tales consecuencias en los momentos en que decide fumar, sino también en los momentos en los que no puede fumar por estar trabajando. En tal sentido, sostiene que en este caso las personas fumadoras no estarían ejerciendo su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad en armonía con el derecho a la salud de los trabajadores del lugar, aún cuando se trate de personal fumador.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

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

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

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

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

§3. Argumentos de los *amici curiae*

B.1 Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Con fecha 17 de junio de 2011, la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, solicita ser incorporada al proceso en calidad de *amicus curiae*, presentando el Informe "Análisis jurídico sobre el proceso de inconstitucionalidad contra la reforma de la Ley N.º 28705, Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

modificado por el artículo 2º de la Ley N.º 29517". Mediante resolución de fecha 22 de junio de 2011, el Tribunal Constitucional resuelve declarar procedente dicha solicitud. A continuación se transcriben las conclusiones de su Informe:

- Se reconoce el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud, como un Tratado de Derechos Humanos y, por ende, un Acuerdo que posee rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, el Tribunal Constitucional debiera considerar este instrumento para dar contenido al escueto alcance del derecho a la salud que recoge nuestra Constitución, asumiendo el tema de la epidemia que enfrenta la humanidad (el tabaquismo), definida así por este Tratado y, a partir de estos estándares, verificar la compatibilidad constitucional de la reforma de la Ley N.º 28705 por la Ley N.º 29517. De esta manera el Tribunal Constitucional debiera ratificar la constitucionalidad de las "medidas legislativas" eficaces de "protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados", tal cual lo señala el artículo 8º del Convenio.
- Existe mucha información documentada en estudios muy serios que evidencian el daño a la salud por el tabaco, al punto que ha sido calificado oficialmente por la OMS y el Convenio Marco para el Control del Tabaco, como una epidemia mundial. Los Estados, en esta vía para proteger el derecho a la vida y la salud, deben diseñar y ejecutar políticas públicas articuladas con el referido Tratado, para disminuir y si fuera posible, eliminar el consumo de un producto calificado como droga y que es dañino para la salud. Para que no se admita ninguna duda sobre esto, la propia British American Tobacco Perú, reconoce que *"El uso de productos de tabaco tiene un riesgo real y serio para la salud. La única forma de evitar estos riesgos es no consumir tabaco..."*.
- Puede ser importante que el Tribunal Constitucional explore escenarios en donde busque determinar si el consumo de tabaco en condiciones de adicción implica el ejercicio de un derecho de autodeterminación, pues si el ser humano no puede controlar su voluntad por sustancias químicas que su cuerpo requiere (como sucede con todas las drogas), en estas condiciones hay que considerar que *la libertad de fumar no es libertad*. Si bien es cierto que esta es una realidad y que las personas pueden optar por drogarse y transitar ese camino, lo que no puede hacer el Estado es promover estas conductas lesivas a la vida y salud.

El tabaquismo es una enfermedad que afecta principalmente a los pobres. Estimados de la OMS señalan que el 84% de fumadores vive en países pobres, donde la carga de enfermedades y muertes relacionadas con el tabaquismo está creciendo rápidamente. En el Perú, la población que se encuentra en situación de pobreza, destina un porcentaje de sus magros ingresos a la compra de tabaco: 9 de cada 10



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

hogares de bajos recursos económicos invierten más del 6% de sus ingresos en adquirir cigarrillos para su consumo.

- Las tabacaleras mantienen una política agresiva de expansión de sus mercados y el Perú es un país atractivo en la región para la industria del tabaco, pues es un país de 30 millones de habitantes, con un consumo relativamente bajo en relación a otros países (el 15% de adultos de las principales 15 ciudades del país son fumadores regulares, y que cada uno de ellos consume diariamente un aproximado de 5 cigarrillos), siendo que el reto es lograr el mayor número de consumidores. Esa es la lógica del mercado que persiguen, lo que va en contra de las políticas públicas que deben construirse para la vida y salud de las y los peruanos.
- La prohibición de fumar en lugares públicos o zonas 100% libres de humo de tabaco está siendo considerada de forma absoluta por los Estados parte del Convenio como una medida efectiva porque reduce la prevalencia de consumo de tabaco, disminuye el número promedio de cigarrillos por día y promueve la cesación. Los estudios revelan que este tipo de medidas no sólo protege a los no fumadores de la exposición al humo de tabaco, sino que también estimula a los fumadores a reducir su consumo, con lo cual se logra controlar la epidemia. Es parte de una política coherente de salud.
- No debe quedar duda alguna sobre los beneficios al derecho a la vida y a la salud, a partir de la introducción de restricciones para el hábito de fumar en lugares públicos cerrados. No es una posición paternalista de control del tabaquismo, es una posición de política pública de salud.
- Aproximadamente un tercio de los países de la Unión Europea han adoptados una legislación global a favor de ambientes libres de humo de tabaco; los efectos en cuanto a la salud pública son inmediatos siendo que la cifra de crisis cardiacas ha disminuido en proporciones que van del 11 al 19%.
- América Latina está avanzando rápidamente en zonas libres de humo de tabaco. Similares normas a la que ha sido impugnada en el presente proceso de inconstitucionalidad existen ya en Uruguay, México, Panamá, Nicaragua, Honduras, Venezuela y Colombia.
- La instauración de zonas libres de humo de tabaco constituye la mejor solución frente a los espacios compartidos de fumadores y no fumadores, dado que está comprobado técnicamente que es muy difícil y costoso instalar equipos que eliminen efectivamente el humo de tabaco y sus partículas contaminantes. La consecuencia de ello, además de los problemas de salud, implica una salida discriminatoria contra los

338

000000



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

pequeños establecimientos que no podrían afrontar ello, afectando así la capacidad de competencia de los negocios.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

fumadores. Para evitar ello hay que tener en cuenta en el caso el principio de previsión de consecuencias.

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

Asimismo, refieren que dicha medida ha reducido significativamente en diversos países el porcentaje de hospitalizaciones por ataques cardiacos.

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

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

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

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

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. Los recurrentes presentan demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3º de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

Ley N.º 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco–, por considerar vulnerados los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada. En concreto, refieren lo siguiente: “La presente demanda de inconstitucionalidad tiene por objeto cuestionar el referido artículo, en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en todos los espacios públicos cerrados del país, prohibiendo de esa manera, la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores. Además, en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos” (cfr. escrito de demanda, p. 2; el énfasis es del original).

2. El artículo 3º de la Ley N.º 28705, dispone lo siguiente:

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

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

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

3. En consecuencia, una primera cuestión que se advierte, analizado detenidamente el petitorio, es que la demanda no se encuentra planteada contra la totalidad del artículo 3º de la Ley N.º 28705, sino tan solo contra determinados ámbitos de prohibición previstos en su punto 3.1. Concretamente, la demanda está planteada contra el siguiente extremo del punto 3.1 del artículo 3º de la Ley N.º 28705: “Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados (...) a la educación [y] en los espacios públicos cerrados (...), los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco”.

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

interpretativa; *máxime* si se toma en cuenta que, dada la calidad de supremo intérprete de la Constitución del Tribunal Constitucional (artículo 1º de la Ley N.º 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–) y de conformidad con el artículo 82º del CPCo., sus interpretaciones resultarían vinculantes para todos los poderes públicos, lo cual contribuiría a dotar de predictibilidad a la aplicación del sistema jurídico.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

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

11. Este Tribunal aprecia que en el presente caso se cumple esta *sui generis* situación. En efecto, los demandantes solicitan que por vía interpretativa el Tribunal exceptúe la aplicación del artículo 3.1 de la Ley N.º 28705, a supuestos concretos que, sobre la base de un análisis literal, ingresan en los supuestos genéricos recogidos en su mandato prohibitivo. Así, como quedó dicho *supra*, pretenden que el Tribunal Constitucional interprete que allí donde el precepto prohíbe fumar “en los espacios públicos cerrados”, no se entiendan incluidos los establecimientos que sean exclusivos para fumadores (que son “espacios públicos cerrados”); y que allí donde prohíbe fumar “en los establecimientos dedicados (...) a la educación”, no se entiendan incluidas las áreas abiertas de estos establecimientos que sean para adultos (es decir, áreas que están dentro de “los establecimientos dedicados (...) a la educación”).
12. En consecuencia, sobre la base de las consideraciones expuestas, este Tribunal, de modo excepcional, considera que existe mérito para ingresar a valorar el fondo de la cuestión planteada, en el entendido de que ésta se circunscribe a cuestionar la constitucionalidad de dos sentidos interpretativos que derivan del texto “Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados (...) a la educación [y] en los espacios públicos cerrados (...), los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco” del artículo 3º de la Ley N.º 28705. Tales sentidos interpretativos son los siguientes: **a) Prohíbese la creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores; y b) Prohíbese fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos.** Ateniéndose estrictamente al petitorio de la demanda, el objeto de control en este proceso está constituido por estas dos normas. Por consiguiente, será sobre ellas que recaerá el juicio de constitucionalidad en este proceso.

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

13. Tanto los demandantes como el Procurador del Congreso de la República, coinciden en señalar que la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, restringen el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad. En efecto, en la demanda se sostiene que ello “afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que se les



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

impide actuar su libertad de fumar, aún cuando ello no afecta de ninguna manera los derechos de los no fumadores” (cfr. escrito de demanda, pp. 20 - 21; el énfasis es del original). Por su parte, el Procurador del Congreso, sostiene que “[e]stas restricciones han sido impuestas teniendo en consideración que el ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no está exento de límites. (...). [E]l derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, como todo derecho, no es absoluto, por lo que debe ejercerse en armonía con los derechos fundamentales de otras personas y los bienes de relevancia constitucional” (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 34 y 35; el énfasis es del original).

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

14. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que asumir que fumar es una actividad que se encuentra comprendida dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad, no es algo que pueda darse fácilmente por sobreentendido, por lo que es de recibo analizar si se trata de una posición constitucionalmente correcta.
15. El asunto puede ser planteado en estos términos: el ámbito *iusfundamental* de la Constitución que puede ser limitado por el legislador solo de manera constitucionalmente justificada, ¿está circunscrito a los derechos y libertades que derivan de los específicos mandatos de la Constitución o existe un derecho general de libertad fundamental según el cual todo lo que la Constitución no prohíbe se encuentra constitucionalmente autorizado y protegido, y, en consecuencia, el legislador solo puede limitarlo de manera razonable y proporcional?

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, pp. 251 – 252). Como se sustentará a continuación, la segunda posición es el sustento axiológico del constitucionalismo moderno, en general, y de la Constitución peruana de 1993, en particular.

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

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

19. En el Estado Constitucional, la aludida libertad natural se traduce en una libertad jurídica protegida constitucionalmente, de forma tal que todo acto orientado a limitarla debe, de modo obligatorio, encontrarse constitucionalmente justificado. Este principio medular encuentra expresión en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, conforme al cual “[n]adie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; aunque, como se ha dicho, tal obligación o prohibición legal sobre el ejercicio de la libertad, no puede ser



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

cualquiera, sino solo aquélla que encuentre sustento en los propios valores constitucionales.

20. Desde luego, ello no permite afirmar que la Constitución determina en tal medida la acción del legislador que pasa a ser algo así como un “un huevo jurídico originario” del que todo surge, “desde el Código Penal, hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros”, como irónicamente sostuvo en su momento Ernst Forsthoff (cfr. *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 242). Lo que se sostiene, simplemente, es que manteniendo el legislador un amplio margen de libre configuración legal, éste encuentra en el contenido protegido de los derechos fundamentales y, más ampliamente, en la libertad *iusfundamental* general del ser humano, un límite *prima facie* que obliga a la acción legislativa a expresarse en términos constitucionalmente razonables y proporcionados.

21. A juicio del Tribunal Constitucional, sin perder de vista ese principio rector reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, existe un derecho subjetivo fundamental que cobija en su contenido constitucionalmente protegido esta libertad general *iusfundamental*.

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

En otros términos, tal como en anterior ocasión ha dejado establecido este Tribunal, “en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos ‘no enumerados’ y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3º de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita” (cfr. STC 0895-2001-PA, F. J. 5).

22. Así las cosas, el Tribunal Constitucional, tal como quedó establecido en la STC 2868-2004-PA, F. J. 14, considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho “a su libre desarrollo”, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

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

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

De esta manera, esta cláusula general de libertad “viene a equilibrar una balanza que de otro modo quedaría truncada en favor de la autoridad”, pues lo que exige “es que el conflicto entre la libertad y el deber se formule precisamente en términos de conflicto constitucional, lo que debe obligar a un ejercicio de ponderación entre la libertad limitada y el bien que sirve de fundamento a la norma limitadora. Sin duda, esto no elimina un amplio margen de discrecionalidad, pero si intenta eliminar la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

arbitrariedad” (cfr. Prieto, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 259).

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

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

26. Los demandantes afirman además que **“[l]a NORMA CUESTIONADA afecta de manera manifiesta los derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa, toda vez que establece una prohibición absoluta de contar con establecimientos exclusivos para fumadores, sin que exista una razón objetiva de por medio”** (cfr. escrito de demanda, p. 25; el énfasis es del original). Por su parte, el Procurador del Congreso no ha rechazado la tesis de que la prohibición de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores limite las referidas libertades. Sin embargo, sostiene que ellas “no se ejercen de manera irrestricta”, puesto que **“el ejercicio de la libre iniciativa privada no debe atentar contra ‘los intereses generales de la comunidad’, mientras que el ejercicio de la libertad de empresa no debe poner en riesgo la salud de las personas”** (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 42 y 43; el énfasis es del original).
27. La prohibición de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores, en efecto, constituye un límite a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada. Ello en la medida de que este Colegiado ha sostenido que “cuando el artículo 59.º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad (...)” (cfr. STC 3116-2009-PA, F. J. 9).

28. Empero, que la referida prohibición limite la libertad de empresa no significa necesariamente que sea inconstitucional, puesto que, tal como se ha referido en uniforme y reiterada jurisprudencia, en el Estado Constitucional, ningún derecho o libertad es absoluto. De hecho, tal como se sostuvo en la STC 0008-2003-PI, “[l]a iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia” (F. J. 18). En sentido similar, este Tribunal ha sostenido que “[c]uando el artículo 59 de la Constitución señala que el ejercicio de la libertad de empresa ‘no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas’, no está haciendo otra cosa que precisar los límites dentro de los cuales este derecho es ejercido de acuerdo a ley. Claro está que estos límites son enunciativos y no taxativos, pues la protección correcta debe surgir de un principio constitucional como es la dignidad de la persona humana, el mismo que se encuentra recogido en los artículos 1 y 3 de la Constitución (...). Así, el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo la salud y la seguridad de las personas. Consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente” (STC 3330-2004-PA, F. J. 32).
29. Establecido que la prohibición de que existan locales públicos cerrados solamente para fumadores, constituye una restricción a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada, tal restricción solo resultará constitucional en la medida de que resulte respetuosa del principio de proporcionalidad.
30. Hasta aquí, ha quedado establecido que la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, derivadas del texto “Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados (...) a la educación [y] en los espacios públicos cerrados” del artículo 3º de la Ley N.º 28705, constituyen un límite a la libertad de fumar, y, por ende, un límite al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, ha quedado establecido que la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores, limita la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Ergo, dichas prohibiciones solo resultarán válidas en tanto superen el *test* de proporcionalidad, es decir, en la medida de que a) persigan una finalidad constitucionalmente válida, b)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

resulten idóneas para alcanzarla, c) sean necesarias, y, además, d) estrictamente proporcionadas.

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

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

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

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

33. A juicio del Tribunal Constitucional, las prohibiciones impugnadas, tal como lo ha sostenido el Procurador del Congreso, no prohíben el acto de fumar de modo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

absoluto. De ahí que plantear que su finalidad consista en “eliminar” el tabaco, tal como lo hacen los demandantes, es erróneo. Y si no es ésa la finalidad perseguida por la norma cuestionada, resulta inocuo, en el marco de esta causa, que el Tribunal Constitucional ingrese a analizar si resulta o no constitucionalmente válido que se interprete el artículo 8º de la Constitución –en cuanto dispone que el Estado “regula el uso de los tóxicos sociales”– en el sentido de que el legislador está facultado para prohibir de manera absoluta fumar. Dicho de otra manera, si ni siquiera es ésa la finalidad de las medidas adoptadas, menos aún tiene lugar analizar si ella resulta constitucional o no.

34. De otro lado, los demandantes sostienen que “el fundamento central de la NORMA CUESTIONADA es proteger el derecho a la salud de los no fumadores, reconocido por el artículo 7º de la Constitución” (cfr. escrito de demanda, p. 28). Por su parte, el Procurador del Congreso, sostiene lo siguiente: **“el fin constitucionalmente legítimo de la medida utilizada es garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pero no sólo de los no fumadores, como lo entiende la parte demandante, sino también de los fumadores”** (cfr. escrito de contestación de la demanda, p. 45; el énfasis es del original). No obstante; la constitucionalidad de esta tesis (que el fin sea también resguardar la salud de los propios fumadores), ha sido expresamente rechazada por los demandantes: “puede justificarse una restricción a los derechos de las personas fumadoras cuando su ejercicio afecta los derechos de las personas no fumadoras. Sin embargo, ello no tiene asidero cuando las personas fumadoras deciden libremente concurrir a un lugar al que sólo asisten –igualmente, por decisión voluntaria– otras personas fumadoras. En este supuesto, no se afectan derechos de los no fumadores y por tanto una intervención del Estado carece de justificación, de lo contrario el Estado estaría imponiendo una conducta que se estima ‘positiva’ –no fumar– negando la decisión voluntaria de adoptar una conducta distinta, o lo que es igual la autonomía que se ha reconocido” (cfr. escrito de demanda, p. 22; el énfasis es del original).

35. A juicio del Tribunal Constitucional, es notorio que el ámbito normativo del artículo 3º de la Ley N.º 28705 que, de acuerdo al planteamiento de los propios demandantes, se juzga inconstitucional –a saber, que se encuentre prohibida la creación de espacios públicos cerrados sólo para fumadores y fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean sólo para adultos–, no persigue proteger (cuando menos no de manera directa e inmediata) el derecho a la salud de los no fumadores. Por lo demás, en la hipótesis de que así fuese, tales prohibiciones resultarían inadecuadas para la consecución de tal finalidad, por lo que resultarían inconstitucionales. En otras palabras, si el ámbito normativo de prohibición cuestionado en esta causa persiguiese dicho fin, el Tribunal Constitucional debiera estimar la demanda, acogiendo el criterio de los demandantes en el sentido de que **“afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que se les impide actuar su libertad**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

de fumar, aún cuando ello no afecte de ninguna manera los derechos de los no fumadores. En efecto, (...) la NORMA CUESTIONADA prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco en locales públicos cerrados, sin perjuicio que estos se encuentren destinados exclusivamente a fumadores (y donde labore personal fumador). Y además, prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco inclusive en la áreas abiertas de los establecimientos educativos exclusivos para adultos; aun cuando ambas opciones no afectan de ninguna manera los derechos fundamentales de los no fumadores” (cfr. escrito de demanda, pp. 20 – 21; el énfasis es del original).

36. Ocurre, no obstante, que, según ha quedado dicho, no es ésta la finalidad del ámbito normativo cuestionado. Tal finalidad, en primer término, consiste en reducir el consumo de tabaco (finalidad inmediata) para proteger la salud de los propios fumadores (primera finalidad mediata). ¿Es ésta (proteger la salud de los propios fumadores) una finalidad constitucionalmente válida? A responder esta interrogante se dedicará el siguiente acápite (§5). Antes de ello debe precisarse que no es ésta la única finalidad mediata de las prohibiciones, sino también evitar los altos costos institucionales a que da lugar la atención sanitaria por los graves problemas de salud que el consumo de tabaco ocasiona.
37. Sobre el particular, es preciso tomar en consideración que de acuerdo a un análisis realizado por la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica (COLAT), anualmente, el Estado pierde 2 mil 400 millones de dólares en atención de casos de cáncer y males cardiacos, entre otras enfermedades, producidas por el consumo de tabaco. El cálculo se hizo en base al presupuesto en salud y al sueldo mínimo legal que perciben los trabajadores al mes, parte del cual se gasta en consumo de cigarrillos. El cálculo de la pérdida generada alcanzó la referida cifra, a pesar de que no se consideró el gasto en tratamientos de otras enfermedades vinculadas con el tabaquismo, que afecta otros órganos del cuerpo como el pulmón, la lengua, el estómago, la piel, los ojos, entre otros (cfr. <http://elcomercio.pe/lima/416589/noticia-duro-costo-cigarrillos-estado-pierde-us-2-mil-400-millones-fumadores>).
38. En esa línea, es necesario tomar en cuenta también los siguientes datos contenidos en la *Guía Nacional de Abordaje Técnico al Tabaquismo, Perú 2010*, elaborada con los aportes técnicos de las siguientes instituciones: el Colegio Médico del Perú, la Sociedad Peruana de Neumología de Perú, la Sociedad Peruana de Cardiología, la Sociedad de Oncología Médica de Perú, la Asociación Psiquiátrica Peruana, el Centro de Información y la Educación para la Prevención del Abuso de Drogas (CEDRO) y la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica (COLAT):

“Uno de los grandes problemas de salud pública en el mundo es el consumo de tabaco, su adicción se la denomina tabaquismo; se ha estimado que uno de cada 8 muertes están asociadas al consumo de tabaco, se ha estimado que cerca de 100 millones de personas murieron a causa del tabaquismo durante el siglo XX y se estima que para el año 2030 el tabaco podría ser



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

responsable de 10 millones de muertes al año en el mundo. Otro dato estadístico llamativo es que el consumo permanente del cigarrillo se asocia a la muerte de cerca de un 50% de los fumadores crónicos. En el Perú el tabaco es la segunda droga más consumida después del alcohol, su continuo consumo se la ha asociado a ser la causante de diversos tipos de cáncer en el hombre y la mujer, como son el cáncer del pulmón, cavidad oral, entre otros numerosos males respiratorios crónicos. Los fumadores tienen mayor probabilidad de faltar más días al trabajo por enfermedad, y de morir en sus años más productivos, dejando a sus familias sin fuentes de ingresos.

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

39. En tal sentido, la prohibición de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, procurando reducir el consumo de tabaco, tiene también como finalidad última reducir los altos costos que genera para el Estado la atención médica de las enfermedades que el referido consumo causa al fumador, cuyos montos bien podrían encontrarse destinados a cumplir el deber primordial del Estado de "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos" (artículo 44º de la Constitución).

40. Podría ensayarse un cuestionamiento a la validez de esta última finalidad, argumentando que dado que el fumar forma parte del libre desarrollo de la personalidad, el Estado tiene el deber de incurrir en los referidos costos sanitarios, sin adoptar medidas para evitarlos o reducirlos. Este cuestionamiento, no obstante, incurriría en un claro error, puesto que las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad que el Estado está obligado a proteger y promover, son aquellas necesarias para la cobertura de necesidades básicas para el ejercicio de su autonomía moral (bienes primarios), mas no las manifestaciones de ésta que se reduzcan a cubrir los intereses o placeres de la persona que no son consustanciales para su plan vital (bienes secundarios). De hecho, la dañosidad objetiva de muchas de estas manifestaciones —no solo para quien las realiza, sino, a veces también, indirectamente, para terceros— si bien *prima facie* no podrían ser prohibidas de modo absoluto a efectos de no afectar el contenido esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sí pueden ser abiertamente desmotivadas por el Estado.

41. Por ello, una cosa es reconocer que presentada la demanda de atención médica originada por el consumo de tabaco, en aplicación del artículo 7º de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de protección de la salud, el Estado tiene el deber de atenderla, y otra, muy distinta, sostener que el Estado no tiene la prerrogativa de adoptar todas las medidas que sean necesarias para reducir significativamente los costos que genera una conducta que, por vía indirecta, está reduciendo la capacidad del Estado de cumplir con su esencial deber de proteger y garantizar los derechos fundamentales de toda la población (artículo 44º de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

Constitución).

42. En consecuencia, la finalidad de reducir los costos sanitarios que genera el tratamiento de las enfermedades producidas por el tabaco, por vía de reducir significativamente su consumo, a través de las prohibiciones de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores y de que se fume en las áreas abiertas de los centros educativos solo para adultos, es constitucionalmente válida. Pero, limitar el acto de fumar teniendo como finalidad proteger la salud del propio consumidor de tabaco, ¿es una finalidad constitucionalmente válida? La respuesta a esta pregunta es tratada en el siguiente acápite.

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

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

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

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

45. En efecto, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º, inciso 1, de la Constitución), y de los derechos fundamentales a las libertades de conciencia (artículo 2º, inciso 3, de la Constitución), expresión, opinión y difusión del pensamiento (artículo 2º, inciso 4, de la Constitución), subyace una regla prohibitiva, en virtud de la cual, a menos que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

pueda resultar de manera manifiesta afectado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de terceras personas, no cabe que el Estado limite la libertad de elección y acción de las personas, con el objetivo de lograr su propio bienestar, bajo el argumento de una supuesta formación y ejecución irracional de la voluntad. Dicha limitación constituiría una seria afectación a la autonomía moral del ser humano, subrogando el Estado su propio criterio acerca de la racionalidad al criterio que el ser humano debe ser libre de forjar y ejecutar al amparo de la construcción de su propio plan de vida.

Handwritten initials

46. La persona humana debe gozar del mayor grado de libertad posible en la construcción y ejecución de su propio proyecto de vida y de la satisfacción de sus propios intereses, aún cuando éstos puedan resultar irracionales para una amplia mayoría social, pues incluso el error propio (cometido a veces a expensas de altos costos personales, tanto materiales como espirituales), es fundamental para la maduración de las ideas y de las acciones futuras, cuyo libre flujo es de singular importancia en el ámbito de una sociedad democrática. Por ello, con razón se ha mencionado que en el Estado Constitucional es esencial el reconocimiento del derecho "a equivocarse" (cfr. Waldron, Jeremy, "A right to do wrong", en *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, 1993, pp. 63 - 87).

Vertical handwritten line

47. No cabe olvidar, por lo demás, que fuera de la manifiesta violación de los derechos fundamentales, el criterio de lo racional o irracional no pasa a ser más que un punto de vista, motivo por el cual todo ser humano tiene el derecho y la esperanza de, por vía de la deliberación respetuosa y tolerante, ver convertidas sus convicciones minoritarias actuales, en las convicciones de una mayoría del mañana. Después de todo, como bien afirmó Oliver Wendell Holmes en uno de sus famosos votos singulares, "la mejor prueba de la verdad es la facultad del pensamiento de hacerse aceptar en la competencia del mercado" (cfr. voto singular en *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 -1919-)

Handwritten scribble

48. Pero no solo ello. El libre desarrollo de la personalidad y las libertades de conciencia, opinión y expresión, son las vertientes subjetivas a través de las cuales se garantiza el pluralismo como valor democrático, cuyas diversas manifestaciones a nivel social se encuentran garantizadas constitucionalmente. Así, se reconoce y protege un pluralismo cultural, en tanto el artículo 2º, inciso 19, de la Constitución, establece que toda persona tiene derecho "[a] su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación"; se reconoce un pluralismo social, manifestado, entre otros aspectos, en la exigencia de una pluralidad educativa que respete el multilingüismo y la diversidad cultural, pero que, a su vez, fomente la integración nacional (artículo 17º de la Constitución); un pluralismo político, al promoverse y garantizarse la libre participación en los asuntos públicos y en los procesos electorales (artículos 2º, inciso 17, 30º, 32º y 35º de la Constitución; y un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

pluralismo económico, conforme lo señala expresamente el artículo 60º de la Constitución.

49. La garantía del pluralismo es la manera cómo las sociedades democráticas se ponen a buen recaudo de la aparición de algo así como una “tiranía de los valores”, conforme a la cual una mayoría poderosa, bajo el argumento de haber descubierto una supuesta verdad dogmática, sojuzga el pensamiento y la acción de una minoría que se aparta de ella, la cual, por vías pacíficas y democráticas, busca canalizar sus dudas hacia esa verdad aparente, tentado su reexamen en una relación dialógica. En el Estado Constitucional es pues fundamental instaurar algo así como una “ética de la duda” ejercida al amparo del libre desenvolvimiento de la personalidad y del pensamiento, puesto que en realidad “la duda contiene (...) un elogio a la verdad, pero de una verdad que debe ser siempre re-examinada y re-descubierta. Así pues, la ética de la duda no es contraria a la verdad, sino contraria a la verdad dogmática que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez por todas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: ‘¿Será realmente verdad?’ (...). La ética de la duda no significa en absoluto sustraerse a la llamada de lo verdadero, de lo justo, de lo bueno o de lo bello, sino justamente intentar responder a esa llamada en libertad y responsabilidad hacia uno mismo y hacia los demás” (cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *Contra la ética de la verdad*, traducción de Álvaro Núñez Vaquero, Trotta, Madrid, 2010, pp. 9 – 10).

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

Es importante tener en cuenta que una cosa es el paternalismo jurídico, y otra, distinta, el perfeccionismo o moralismo legal. El paternalismo, como se ha dicho, impone la adopción de ciertas conductas por el bien de la propia persona coaccionada, alegando que, en caso contrario, ella se auto-generará de manera cierta o razonablemente cierta, un daño objetivo a sus propios derechos fundamentales,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

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

51. En primer término, no es posible que en ejercicio de su autonomía el ser humano renuncie o anule dicha autonomía. En otras palabras, no cabe que en ejercicio de su libertad el ser humano desconozca su condición de fin en sí mismo, para obligarse a ser exclusivo objeto o medio para la consecución de fines ajenos. En una frase, no cabe negar la dignidad del ser humano en ejercicio de la libertad.
52. Es de recibo recordar aquí que pocos años antes de la Revolución francesa, en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Immanuel Kant, había expresado de modo más completo –sin reducirlos solo a la autonomía moral o libertad– los valores últimos del racionalismo ilustrado que le abría paso a los ideales liberales que son base axiológica del constitucionalismo actual. Dichos valores –que, en conjunto, daban forma al denominado *imperativo categórico*–, son la igualdad formal, es decir, el imperativo de la universalidad, que ordena al ser humano obrar de modo que quisiera ver convertidas en leyes universales las máximas de su conducta; la dignidad, es decir, el imperativo de los fines, que ordena nunca tratar a un ser humano solo como simple medio, sino como un fin en sí mismo; y la libertad, es decir, el imperativo de la autonomía, que ordena no afectar la voluntad de un ser humano ejercida de modo tal que no violente la voluntad ajena. Todos estos valores, a juicio de Kant, son expresivos de una misma ley moral; es decir, se trata de “tres... maneras de representar el principio de la moralidad”, siendo “en el fondo, otras tantas fórmulas de una y la misma ley, cada una de las cuales contiene en sí a las otras” (cfr. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 4ta. edición, traducción de M. García Morente, Epasa-Calpe, Madrid, 1973, p. 94).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

53. De esta manera, la dignidad reconocida en el artículo 1º de la Constitución, cuya defensa y respeto “son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, no se reduce a la protección de la autonomía moral del ser humano, sino que ella es consecuencia del previo reconocimiento de su condición de fin en sí mismo, por lo que en ejercicio de aquélla no es posible destruir este fundamento. De ahí que, por ejemplo, no sea posible la celebración, en ejercicio de la libertad, de un “contrato de esclavitud”.
54. En segundo lugar, cabe restringir la libertad del ser humano en su propio beneficio, cuando tal restricción sea de grado ínfimo y tenga por objeto evitar la producción de un daño objetivo, grave e irreparable a un derecho fundamental titularizado por la persona restringida en su autonomía. Así por ejemplo, la obligación de usar el cinturón de seguridad en los vehículos automotores, imponiendo una multa a quien no lo haga, restringe la libertad de aquél que no lo haría por voluntad propia, pero se trata de un ámbito mínimo de libertad sacrificada, en aras de evitar un daño objetivo, grave y eventualmente irreparable a la propia vida o integridad física. Se trata de una medida paternalista justificada en el Estado Constitucional, pues dada la abierta diferencia entre la intensidad de sacrificio de la libertad y la intensidad de protección a la vida o la integridad física, cabe una ponderación abstracta por parte del legislador, que instaure una obligación general, por el bien de la propia persona obligada.
55. Ahora bien, es verdad que la intensidad en el sacrificio de la libertad, en salvaguarda de los derechos del propio ser humano que la ejerce, puede variar dependiendo del caso, por lo que más allá de lo “lógica” que pueda resultar a primera vista la medida paternalista, es preciso valorar detenidamente las circunstancias en función de cada persona en particular. Por ejemplo, no es lo mismo exigir el uso del casco a un conductor de motocicleta o a un obrero de construcción civil que quiera evitar su uso por una cuestión llanamente estética, que a aquél que se rehuse a usarlo porque es un principio fundamental de su religión que los hombres solo puedan cubrir su cabeza con un turbante. Es el caso, por ejemplo, de quienes profesan la religión india *siy*. De ahí que el artículo 162 de la *Road Traffic Act* de 1988 y el artículo 11º de la *Employment Act* de 1989 en el Reino Unido, permiten a quienes profesan esta religión exceptuarse de la obligación de llevar el casco al viajar en moto y en las actividades de construcción, respectivamente. No obstante, a favor de prohibir esta excepción se ha manifestado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (cfr. *Bhinder vs. Canadá*, Comunicación N.º 208/1986, U.N. Doc. CCPR/C/37/D/208/1986-1989-).
56. En tercer lugar, una medida jurídica paternalista se encuentra justificada, cuando puede determinarse razonable y objetivamente que la persona que va a ser sujeto de ella, por alguna razón, tiene limitada la libre manifestación de su voluntad, y al restringirse su libertad se evita razonablemente un daño objetivo, grave e



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

irreparable a sus derechos fundamentales.

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

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

57. Pero, ¿pueden adoptarse medidas paternalistas en relación con personas adultas que no siendo jurídicamente incapaces, presenten determinados caracteres que, por así decirlo, distorsionen sus manifestación de voluntad, sin llegar a ser incapaces? En determinadas circunstancias, la respuesta a esta interrogante es afirmativa. Así, pueden adoptarse *medidas paternalistas informativas* por el bien de las propias personas adultas a las que va dirigida la información, si se asume razonablemente que obligándolas a informarse pueden reorientar el curso de una conducta que puede generarles una grave afectación a sus derechos. Como bien apunta, Miguel Ramiro Avilés, "[l]as campañas de información de los riesgos o beneficios que supone la realización de ciertas actividades deben ser el primer tipo de medidas paternalistas que deben adoptarse ya que siempre es preferible la medida menos aversiva porque la autonomía o la libertad de la persona deben sufrir lo menos posible, a lo que se une que con la información se apela a la razón" (cfr. "A vueltas con el paternalismo jurídico", en *Derechos y Libertades*, N.º 15, Junio 2006, p. 234).

58. También puede adoptarse una medida paternalista para evitar que una persona, como consecuencia de presiones externas (compulsión externa) que afectan el libre ejercicio de su voluntad, autorice la realización de un acto que puede generarle un grave perjuicio. Por ejemplo, Miguel Ramiro Avilés da cuenta de cómo "[l]as normas que regulan en España las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos establecen que el donante-vivo debe manifestar su consentimiento expreso, libre, consciente y desinteresado, lo cual debe comprobarse en una reunión con los miembros del Comité de Ética para la Asistencia Sanitaria del hospital transplantador. Con ello se pretende *aislar* al donante-vivo de las posibles presiones de su entorno familiar, garantizándose de ese modo que su consentimiento realmente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

es libre. Esto se debe a que la inmensa mayoría de este tipo de donaciones se producen entre familiares, lo cual puede llegar a generar una presión externa muy fuerte en aquella persona que, habiéndose sometido a las pruebas de compatibilidad, haya sido seleccionada como donante” (cfr. “A vueltas con el paternalismo jurídico”, ob. cit., p. 240, nota 119).

59. También es posible adoptar medidas que busquen re-direccionar la conducta de personas adultas, en su propio beneficio, si tales medidas se encaminan a evitar un posible daño grave e irreparable a sus derechos fundamentales y existen sospechas fundadas de que tal conducta no es consecuencia de una plena voluntad libremente manifestada, sino de algún elemento interno (compulsión interna) que la afecta sensiblemente. Es el caso de las personas que son adictas a alguna sustancia toxicológica. Y es que esta adicción puede evitar que la persona sea suficientemente capaz de advertir los riesgos graves que puede generar su acción en determinado ámbito de su vida, o, siendo capaz de advertir el referido riesgo, no es del todo capaz de, por propia voluntad, reencauzar su conducta con el propósito de evitarlo. En cualquier caso, incluso en estas circunstancias, el libre desenvolvimiento de la personalidad despliega cierto ámbito de su contenido protegido, por lo que difícilmente podrían justificarse medidas orientadas a sancionar la realización de la conducta auto-dañina, siendo solo posible la adopción de medidas que la desincentiven.

60. De esta forma, cuando menos en las circunstancias descritas, una medida paternalista se encuentra justificada en el Estado Constitucional. Se trata de casos en los que el grado de incidencia de la medida sobre la libertad es mínimo en comparación con el grado de protección que genera con relación a ciertos derechos fundamentales o en los que es objetivamente dudoso que la voluntad de la persona tenga un origen plenamente consciente, autónomo y libre, y, adicionalmente, se evita de modo plausible la generación de un serio e irreversible daño a los derechos fundamentales de la propia persona. Es evidente, no obstante, que se trata de medidas excepcionales, de modo que la regla general continúa siendo el respeto por el máximo grado de autonomía moral posible del ser humano.

61. A similar conclusión ha llegado la Corte Constitucional colombiana, al identificar dos hipótesis, a saber, “de un lado, las medidas jurídicas coactivas que pretenden obligar la realización u omisión de una acción, con el fin de imponer a los(as) ciudadanos(as) determinados modelos de virtud o excelencia humana. Y, se ha concluido que este supuesto, propio del llamado ‘perfeccionismo’ o ‘moralismo jurídico’, no es en ningún aspecto compatible con los principios contenidos en nuestra Constitución. De otro lado, están las medidas que buscan proteger los intereses de la propia persona, pero tienen como fin procurar *bienestar, felicidad, necesidades, intereses o valores* de aquel a quien se dirige la medida. Éstas por el contrario son compatibles con la Constitución, *puesto que ellas no se fundan en la*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado [C-309 de 1997, fundamento jurídico número 7]. Ambos tipos de medidas suponen, por supuesto, interferencia en la libertad de acción de las personas. Las primeras no cuentan con justificación constitucional alguna, y las segundas pueden justificarse bajo el cumplimiento de ciertos requisitos” (cfr. Sentencia C-639 de 2010, F. J. 10), siendo que para la Corte tales requisitos consisten en la superación del denominado *test* de proporcionalidad (F. J. 11). En ese sentido, más adelante sostiene la tesis, compartida por este Tribunal, en el sentido de que “[e]l valor de la autonomía puede ser procurado por el Estado, mediante el privilegio de otros valores directamente relacionados con él. Puede por ejemplo, establecer medidas coercitivas, que en principio interfieren en la libertad de elección de las personas, pero que corresponden a la promoción de valores preestablecidos a partir del principio mayoritario, sin cuya garantía no sería posible ejercer el derecho de autonomía (por ejemplo, la vida y la salud). Con todo, este tipo de medidas requieren una adecuación constitucional estricta, con el fin de evitar que por dicha vía se pretendan imponer modelos o planes de vida o concepciones del bien. Por ello, las medidas en cuestión deben ser proporcionales, y si su respaldo es una sanción, ésta debe ser la menos rígida posible” (F. J. 14).

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

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

64. Mediante Resolución Legislativa N.º 28280, publicada el 17 de julio de 2004, el Congreso de la República aprobó el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

65. En relación con este Convenio, los demandantes han señalado lo siguiente: “de conformidad con lo establecido en el inciso 4) del artículo 200º de nuestra Constitución, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco tiene rango de ley, por lo que deberá interpretarse en armonía con la Constitución” (cfr. escrito de demanda, p. 15; el énfasis es del original). Asimismo, en su escrito de fecha 6 de julio de 2011, han sostenido enfáticamente que “[e]l referido Convenio no es un tratado sobre derechos humanos y, por tanto, carece de jerarquía constitucional” (p. 9; el énfasis es del original).

66. Sobre el particular, el Procurador del Congreso, ha señalado lo siguiente: “los tratados sobre derechos humanos (...) tienen rango constitucional. (...). En tal sentido, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (...) tiene rango constitucional, pues es un tratado sobre el derecho a la salud” (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 3 y 4; el énfasis es del original). En sentido similar se ha pronunciado en su Informe la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, al señalar que el referido Convenio regula “el derecho a la salud en su conexión con una enfermedad concreta: el tabaquismo, postulándose la necesidad de una estrategia común para poder erradicarla. Si el derecho a la salud es un Derecho Humano y este convenio busca proteger el derecho a la salud vinculado a las enfermedades que ocasiona el tabaquismo, sin duda alguna estamos frente a un Convenio que regula materia de derechos humanos. (...). Al adquirir el Tratado de Derechos Humanos un rango constitucional, no pueden existir normas que sean contrarias al mismo, estando vedado el legislador a negarlos. Protección que se extiende, además, a que los tratados se incorporan al sistema nacional pero con rango constitucional, siendo un límite y un parámetro interpretativo y/o legislativo” (p. 12 y 13).

67. El Tribunal Constitucional coincide con el Procurador del Congreso y con la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, en el sentido de considerar que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, es un tratado sobre derechos humanos, pues lo que busca proteger de manera clara, expresa y directa es el derecho fundamental a la protección de la salud, reconocido en el artículo 7º de la Constitución. En efecto, en la introducción del Convenio se señala que éste “representa una iniciativa pionera para el progreso de la acción nacional, regional e internacional y la cooperación mundial *encaminada a proteger a la salud humana de los efectos devastadores del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco*” (énfasis agregado). Asimismo, en el Preámbulo se enfatiza que uno de los principios que inspiran su dación, es la determinación de las Partes “a dar prioridad a su derecho de proteger la salud pública, [r]econociendo que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública, que requiere la más amplia cooperación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral” (énfasis agregado). Del mismo modo, el Convenio enfatiza que tiene como sustento “el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en el que se declara que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” y “el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en el que se afirma que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.

68. No escapa, sin embargo, a la consideración del Tribunal que los demandantes han esgrimido concretos argumentos para rechazar la tesis de que el Convenio es un tratado sobre derechos humanos. Así, han sostenido que “en los tratados sobre derechos humanos, a diferencia de otros convenios, los Estados asumen obligaciones fundamentalmente hacia las personas bajo su jurisdicción, a las cuales les reconoce derechos exigibles frente a los Estados. (...). En cambio, el Convenio Marco de la OMS lo que hace es reconocer las obligaciones entre los Estados que los suscriben para adoptar determinadas medidas de control del tabaco. Es decir, no reconoce ‘nuevos derechos’, sino más bien establece un ‘marco’ de medidas que deberían adoptar lo[s] Estados para enfrentar al tabaquismo. (...). Si bien menciona el derecho a la salud, lo hace para sustentar las medidas que deberían adoptar los Estados y no para reconocer el derecho a la salud que por lo demás ya se encuentra previsto en los tratados sobre derechos humanos” (cfr. escrito de fecha 6 de julio, pp. 9 - 10). De esta forma, el argumento de los recurrentes podría ser reformulado del modo siguiente: un tratado sobre derechos humanos es aquél que reconoce derechos humanos, obligándose, fundamentalmente, frente a las personas bajo su jurisdicción, más no aquél a través del cual, sin reconocerse “nuevos derechos”, el Estado se obliga a adoptar medidas para optimizar la protección de estos derechos.
69. Este Tribunal discrepa de este criterio. Los tratados en virtud de los cuales un Estado se obliga a la adopción de medidas encaminadas directamente a dotar de mayor eficacia los derechos humanos, son tratados sobre derechos humanos, aún cuando éstos no reconozcan “nuevos derechos”. De hecho, muchas veces, son justamente las medidas concretas que el Estado asume internacionalmente, a través de determinados tratados complementarios, las que permiten perfilar con mayor nitidez los alcances del contenido protegido de tales derechos, y consecuentemente, las que permiten, al amparo de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, interpretar de modo más preciso los derechos fundamentales reconocidos por ella. En otros términos, la existencia o no de un tratado sobre derechos humanos, no viene definida por un criterio formal como puede ser el análisis de si se trata de un tratado que por primera vez reconoce un derecho de ese carácter, sino por un criterio material, consistente en analizar si el tratado se ocupa directamente de un derecho humano, sea para



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

reconocerlo por vez primera, sea para asumir obligaciones orientadas a su más eficiente protección.

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

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

70. Asimismo, los recurrentes buscan solventar la tesis de que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, no es un tratado sobre derechos humanos, trayendo a colación una cita doctrinal, en la que se señala que "los tratados sobre derechos humanos se caracterizan por no ser sinalagmáticos, esto es, por generar un tipo de relación especial entre las obligaciones estatales y los seres humanos cuyos derechos buscan ser protegidos" (cfr. Novak, Fabián, "Tratados aprobados por el Congreso", en Walter Gutiérrez -director-, *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, p. 774), y un párrafo de una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se afirma que "los tratados modernos sobre derechos humanos (...) no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objetivo y fin



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los propios Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (cfr. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párrafo 29).

71. El Tribunal Constitucional comparte el criterio técnico jurídico vertido en ambas citas; empero, no aprecia en qué medida ellas desvirtúan la condición del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco como tratado sobre derechos humanos. Del referido Convenio no emanan obligaciones sinalagmáticas exigibles solamente entre los Estados que lo han suscrito, como erróneamente parece sugerir la parte demandante, sino más bien, y predominantemente, obligaciones de los Estados partes frente a los individuos bajo su jurisdicción, orientadas, todas ellas, a la protección de su derecho fundamental a la salud, frente al flagelo mundial que la epidemia del tabaquismo representa.
72. Ello se aprecia luego de un análisis omnicompreensivo de las referidas obligaciones, las cuales han sido correctamente resumidas por la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP en su Informe:

“Obligación principal u Objetivo:

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

Obligaciones generales (entre las más resultantes):

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

bilaterales o multilaterales pertinentes, ayude a las Partes a determinar el punto de desviación y a vigilar, documentar y controlar el movimiento de los productos de tabaco y su situación legal. (artículo 15, numeral 2).

Principios básicos para lograr el objetivo principal y los secundarios:

Adoptar medidas para:

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

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

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

74. Por lo demás, evidentemente las obligaciones impuestas por el Convenio constituyen tan solo un mínimo indispensable, pues nada impide al Estado adoptar medidas más estrictas en aras de proteger en la mayor medida posible el derecho fundamental a la salud. Ello ha sido expresamente previsto en el Convenio: "Para proteger mejor la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

salud humana, se alienta a las Partes a que apliquen medidas que vayan más allá de las estipuladas por el presente Convenio y sus protocolos, y nada en estos instrumentos impedirá que una Parte imponga exigencias más estrictas que sean compatibles con sus disposiciones y conformes al derecho internacional” (artículo 2.1).

75. En consecuencia, queda a buen recaudo la convicción de este Tribunal de que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco es un tratado sobre derechos humanos, siendo que los criterios técnicos en los que los demandantes se apoyan para sostener lo contrario, lejos de enervar esta tesis, la confirman.

76. El Tribunal Constitucional ha sostenido, en más de una ocasión, que “[l]os tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional” (cfr. SSTC 0025-2005-PI – acumulados–, F. J. 26; 0005-2007-PI, F. J. 11; entre otras). Desde luego, con esta afirmación no se pretende sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos sean parámetro directo de constitucionalidad de las leyes, de forma tal que, con prescindencia de lo establecido por la Constitución, la constatación de la incompatibilidad entre una ley y un tratado internacional sobre derechos humanos, permita a este Tribunal expulsar la ley del sistema jurídico. Y es que ello, entre otras cosas, haría de este Tribunal guardián de tales tratados y no de la Constitución, asumiéndose constituido por el referido tratado y no por la Norma Fundamental peruana, lo que a todas luces resultaría constitucionalmente erróneo. Prueba de que el parámetro último de validez de las normas es la Constitución y no los tratados sobre derechos humanos es que, en última instancia, cuando menos en teoría, al amparo del artículo 200º, inciso 4, de la Constitución, no existe impedimento alguno para que un tratado sobre derechos humanos sea objeto de control en el marco de un proceso de inconstitucionalidad.

77. Lo que pretende sostenerse cuando se afirma que un tratado internacional sobre derechos humanos ostenta rango constitucional, es que una vez que forma parte del Derecho nacional (artículo 55º de la Constitución), y asumida su plena constitucionalidad, por voluntad del propio Poder Constituyente, manifestada en la Cuarta Disposición Final de la Constitución, existe la obligación de interpretar los derechos y las libertades reconocidos en la Norma Fundamental, de conformidad con el contenido de tales tratados. La Constitución, así interpretada, será el parámetro último de constitucionalidad de la ley, más no el tratado mismo.

78. A este respecto, conviene recordar lo sostenido por este Tribunal en el sentido de que el establecimiento de la pirámide jurídica nacional se sujeta a dos criterios rectores: las categorías y los grados. Las primeras “aluden a un conjunto de normas de contenido y valor semejante o análogo” y los segundos “exponen una jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría”. En la primera



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

82. En definitiva, siendo el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco un tratado sobre derechos humanos, por mandato de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, el Estado tiene la obligación de interpretar el artículo 7º de la Constitución –que reconoce el derecho fundamental a la protección de la salud– y el artículo 9º de la Constitución –que obliga a diseñar una política nacional de salud plural y descentralizada–, de conformidad con todos los preceptos de aquel Convenio, de forma tal que de acuerdo al artículo 3º de éste, *el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la salud por vía de una política nacional plural y descentralizada que reduzca de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco.*

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

83. Hasta ahora, resumidamente, ha quedado establecido que las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, a) limitan el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa; b) tienen como finalidad inmediata reducir el consumo del tabaco y como finalidades mediatas, proteger la salud de los propios fumadores y reducir los costos institucionales que genera la atención sanitaria por las enfermedades graves que el consumo de tabaco ocasiona; c) tales finalidades no solo son constitucionalmente válidas, sino que la finalidad de reducir continua y sustancialmente el consumo de tabaco es una obligación del Estado, tal como lo establece el artículo 3º del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.

84. Las referidas prohibiciones normativas ¿son idóneas para alcanzar el fin buscado? Los demandantes han sostenido que estas prohibiciones “no constituye[n] una medida idónea para garantizar el derecho a la salud de los no fumadores. Ello porque lo que discutimos es la posibilidad de existencia de locales exclusivamente para fumadores, donde labora personal que fume, por lo que los no fumadores no se encontrarían expuestos al humo del tabaco. Asimismo, no resulta idóneo para proteger el derecho a la salud de los no fumadores, la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos (para personas adultas), puesto que en dicho supuesto, al encontrarse al aire libre, los no fumadores no se encuentran expuestos al humo del tabaco, y por tanto su derecho a la salud no se encuentra comprometido” (cfr. escrito de demanda, p. 29; el énfasis es del original).

85. Que las prohibiciones absolutas de fumar en los espacios públicos cerrados y en los centros educativos, en términos generales, contribuyen a reducir el consumo de tabaco en la sociedad, es una conclusión a la que se podría arribar casi intuitivamente. No obstante, existen argumentos objetivos de autoridades y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

conocedores de la materia, que permiten confirmar dicha suposición.

86. Así, de acuerdo a lo señalado en el *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*,

“[l]os ambientes libres de humo no solo protegen a los no fumadores sino que además reducen el consumo de tabaco en los fumadores habituales en entre dos y cuatro cigarrillos diarios (...) y ayudan a quienes quieren dejar de fumar, así como a los que ya lo han logrado, a abandonar el tabaco a largo plazo. En los Estados Unidos, el consumo por habitante es entre un 5% y un 20% inferior en los estados en los que hay en vigor leyes integrales sobre ambientes libres de humo de tabaco que en los que carecen de ellas (...). Se estima que la prohibición total de fumar en lugares [de] trabajo implantada en varias naciones industrializadas ha reducido la prevalencia del tabaquismo entre los trabajadores en un promedio del 3,8%, el consumo medio de tabaco entre los trabajadores que siguen fumando en 3,1 cigarrillos diarios, y el consumo total de tabaco entre los trabajadores en un promedio del 29% (...). Las personas que trabajan en lugares completamente libres de humo de tabaco tienen prácticamente el doble de posibilidades de dejar de fumar que las que trabajan en lugares donde no se aplican este tipo de políticas, y el consumo diario de quienes siguen fumando se reduce en cerca de cuatro cigarrillos al día (...). Tras la promulgación de una legislación integral sobre ambientes libres de humo de tabaco en Irlanda, alrededor del 46% de los fumadores declararon que la nueva ley les había hecho más propensos a dejar de fumar; el 80% de quienes consiguieron abandonar el tabaco afirmaron que la ley les había ayudado a lograrlo y el 88% que la ley les estaba ayudando a no retomar el hábito (...). En Escocia, el 44% de las personas que habían dejado de fumar indicaron que la legislación sobre ambientes libres de humo de tabaco les había ayudado a abandonar el tabaco (...)” (p. 29).

87. Similar ha sido lo referido por el Procurador del Congreso, citando el Informe OMS respectivo del año 2008 (cfr. escrito de contestación de la demanda, p. 48).

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

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

(...)

Un metaanálisis que incluyó 26 estudios sobre el impacto de la prohibición de fumar en lugares de trabajo en EUA, Canadá, Australia y Alemania concluye inequívocamente que la medida no sólo protege a los no fumadores de la exposición al humo de tabaco, sino que también estimula a los fumadores a reducir su consumo. Existe una gran diferencia en el impacto que se logra con restricciones totales a cuando sólo existe una restricción parcial. Se ha estimado que donde existe una legislación integral y sobre todo, que se vela por su cumplimiento, puede reducir el consumo de cigarrillos... [Este estudio tiene la siguiente referencia: Fichtenberg CM, Glantz



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

SA: *Effect of smokefree workplace on smoking behaviour: systematic review*. BMJ 2002; 325:188]” (p. 31).

89. Complementando este criterio, el *O’Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, han sostenido en su Informe que “[d]e acuerdo a investigaciones científicas, las leyes de ambientes libre de humo llevaron a una reducción del 3 por ciento de las tasas de fumadores y a una disminución de tres cigarrillos fumados por día entre quienes continuaban fumando, con lo que se demuestra [la] idoneidad [de la medida]” (p. 6).

90. Ninguno de estos argumentos ha sido contradicho por los demandantes. Las prohibiciones cuestionadas pues, claramente, resultan idóneas para la reducción sustancial del consumo de tabaco. Por ende, son idóneas para proteger la salud de los fumadores y para reducir los costos de atención sanitaria que éstos puedan requerir. Esto último, por lo demás, ha sido ya confirmado por diversos estudios. En efecto, la Organización Mundial de la Salud tiene establecido que:

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

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

(...)

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

91. En ese mismo sentido, el *O’Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, refieren que desde la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

92. En consecuencia, las prohibiciones incoadas superan el subprincipio de idoneidad.

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

93. Para que una medida restrictiva de un derecho fundamental, no supere el subprincipio de necesidad, debe ser evidente la existencia de una medida alternativa que, restringiendo en menor medida el derecho fundamental concernido, permita alcanzar con cuando menos igual idoneidad el fin constitucionalmente válido perseguido.

94. En el presente caso, ello se traduce del modo siguiente: las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, no superarán el subprincipio de necesidad, si es evidente la existencia de una medida menos restrictiva de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, que permitan alcanzar cuando menos con igual idoneidad o satisfacción la reducción sustancial del consumo de tabaco, tal como lo exige el artículo 3º del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, protegiendo en igual grado la salud de los consumidores de tabaco y reduciendo en igual dimensión los costos sanitarios del tratamiento de las enfermedades que el tabaco genera.

95. Los demandantes refieren lo siguiente: “lo dispuesto por el artículo 3º original de la Ley N° 28705, complementada con lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 001-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

2010-SA constituye una medida idónea para la protección del derecho fundamental a la salud de los no fumadores; que restringe en menor medida el derecho a la libertad de quienes han optado por el consumo del tabaco, y los derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa de quienes han optado por desarrollar actividades económicas dirigidas a los fumadores. Ello porque, permitía el consumo de tabaco en espacios abiertos; y en espacios públicos cerrados de manera restringida. Para este último caso establecía que el 90% del establecimiento debía ser completamente libre de tabaco. Sin embargo, permitía acondicionar un área no mayor del 10% del local, para fumadores; la cual debía encontrarse separada del área de no fumadores; y contar [con] mecanismos adecuados de ventilación y extracción del humo, los que impedían la contaminación del área de no fumadores y de los locales aledaños" (cfr. escrito de demanda, p. 30).

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

"La medida de establecer zonas de fumadores y no fumadores ha sido seriamente cuestionada porque se ha considerado que no es efectiva para proteger de la exposición al humo de tabaco a las personas no fumadoras. De acuerdo a un informe de junio de 2005 de la Sociedad Estadounidense de Ingenieros de Calefacción, Refrigeración y Aire Acondicionado (ASHRAE) la única forma de eliminar tóxicos es eliminando el fumado en lugares cerrados. El informe concluye que los efectos nocivos para la salud no pueden ser controlados por ventilación y que ninguna otra ingeniería, incluyendo actuales y avanzados [equipos] de ventilación o de dilución de aire, ha demostrado (...) el control de los riesgos para la salud de la exposición del humo de tabaco



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

[http://www.ashrae.org/content/ASHRAE/ASHRAE/ArticleAltFormat/20058211239_347.pdf]
La explicación de ello es que el humo del tabaco es una mezcla de gases y partículas que no pueden ser eliminados totalmente mediante los sistemas de ventilación. De acuerdo al doctor Rodrigo Córdova, del Comité Nacional para la Prevención del Tabaquismo de España: 'Los locales de ocio con los mejores y más potentes sistemas de ventilación presentan invariablemente unas concentraciones de nicotina muy por encima de los 2,4 microgramos/m³'. Al respecto, la Sociedad Española de Especialistas en Tabaquismo afirma que 'si el sistema funcionara, la concentración debería ser nula y, sin embargo, 2,4 ya puede provocar cáncer al pulmón. Se encuentran de moda los desionizadores, pero ni sus fabricantes confían en su utilidad contra el tabaco. Incluso informa en su documentación que los desionizadores electrónicos para purificar el aire no protegen del humo de segunda mano, no ayudan a eliminar los gases que se encuentran en el humo de tabaco' [http://www.sedet.es/secciones/noticias/noticias.php?anyo=2007&id_categoria=1&mes=5&pagina=9].

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

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

"Un estudio realizado en los primeros meses del 2010 por la *Comisión Nacional de Lucha Anti Tabáquica - COLAT, Tobacco Free Kids, el Instituto de Cáncer Roswell Park* y con el auspicio de la Organización Panamericana de la Salud, en donde se realizó una evaluación de la contaminación por partículas de humo de tabaco y la calidad de aire en restaurants, cafeterías, pubs, discotecas, bares y karaokes de Lima, demostró que los niveles de contaminación en establecimientos públicos con área para fumadores y donde se permitía fumar, alcanzaban niveles de polución ambiental ocho veces más altas que los niveles de contaminación en lugares 100% libres de tabaco y que estos niveles de contaminación llegaban a ser cuatro veces más altos que los niveles de contaminación encontrados en la Av. Abancay en hora punta [Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica, Tobacco Free Kids, Instituto de Cáncer Roswell Park y Organización Panamericana de la Salud. Estudio de Calidad de Aire en Establecimientos Públicos del Perú. Lima, 2010]. (...). Pero, más aún, un estudio de la Organización Panamericana de la Salud denominado 'Desarrollo de Legislación para el Control del Tabaco. Modelos y guías', señalaba 'que la separación de los fumadores y no fumadores en un mismo ambiente, no protege a los no fumadores del daño independientemente del sistema de ventilación utilizado' [Organización



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

Panamericana de la Salud. Desarrollo de Legislación para el Control del Tabaco. Modelos y guías, junio, 2002. Cit por: RADOVIC, Flavia y Carmen BARCO, Informe COLAT N° 1772/PB/11, Lima, 28 de febrero del 2011. Documento impreso. p. 11].

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

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

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

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

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

La ASHRAE (*American Society of Heating, Refrigerating and Air-Conditioning Engineers*) concluyó en 2005 que la aplicación de una ley integral sobre ambientes libres de humo de tabaco es el único medio eficaz para eliminar los riesgos asociados al humo de tabaco ajeno y que no se debe recurrir a los sistemas de ventilación para controlar la exposición a esos riesgos y sus efectos en la salud (...). Esta toma de posición coincide con otras conclusiones en cuanto a la ineficacia de la utilización de sistemas de ventilación y zonas reservadas para fumar a fin de prevenir la exposición al humo ajeno (...)." (p. 27).

100. Asimismo, el *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, dan cuenta de que "[u]n estudio en más de 1.200



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

lugares públicos en 24 países reveló que el nivel de contaminación del aire en lugares cerrados era un 89 por ciento más bajo en los lugares libres de humo, comparados con aquellos donde se fumaba [*Roswell Park Cancer Institute, Department of Health Behavior; International Agency for Research on Cancer; Division of Public Health Practice, Harvard School of Public Health* (September 2006). *A 24-Country Comparison of Levels of Indoor Air Pollution in Different Workplaces*. Disponible en: http://www.tobaccofreeair.org/downloads/GAMS%20report.v7_Sept_06.pdf], motivo por el cual consideran que “[h]abida cuenta de que los sistemas de ventilación no eliminan el humo de tabaco, la única regulación posible es la prohibición de esas áreas” (cfr. Informe, pp. 4 y 5).

101. A ello conviene agregar que de acuerdo a un reciente estudio de la revista médica inglesa *The Lancet*, encargado por la Organización Mundial de la Salud y que se hizo público el 23 de noviembre de 2010, el tabaquismo pasivo causa cada año 600,000 muertes en todo el mundo, siendo los niños el grupo de población más afectado (165,000 niños mueren cada año por efecto del tabaco). Concretamente, el estudio demuestra que el tabaquismo pasivo causa 379,000 muertes por enfermedades cardíacas, 165,000 por infecciones respiratorias (que afectan especialmente a los niños), 36,900 por asma y 21,400 por cáncer de pulmón (cfr. <http://elcomercio.pe/mundo/674949/noticia-600-mil-fumadores-pasivos-mueren-cada-ano-165-mil-ellos-son-ninos>).

102. Así las cosas, existe un claro acuerdo entre las organizaciones internacionales especializadas en materia de protección de la salud, otras organizaciones con autoridad en asuntos relacionados con este derecho fundamental, y técnicos en materia de control de exposición a aire contaminado, en el sentido de que el humo de tabaco de las áreas para fumadores de los locales públicos cerrados, inevitablemente, y a pesar de las medidas técnicas que puedan adoptarse, vulnera el derecho fundamental a la salud de los no fumadores.

103. Por ende, tomando en consideración que el artículo 7º de la Constitución, reconoce el derecho fundamental de toda persona a la protección de su salud, que de acuerdo al artículo 12º, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, dicha protección debe verificarse al “más alto nivel posible” (tal como también lo exige el artículo 10º, inciso 1, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y que de conformidad con el artículo 2º, inciso 22, de la Constitución, toda persona tiene derecho “a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”, el antiguo texto del artículo 3º de la Ley N.º 28705 que daba a los propietarios de los establecimientos públicos cerrados “la opción de permitir el consumo de tabaco, en áreas designadas para fumadores”, resultaba inconstitucional, motivo por el cual el legislador ha actuado debidamente al derogarlo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

104. De esta manera, cuando los demandantes proponen como medida alternativa la creación de áreas para fumadores en los espacios públicos cerrados, no solo están proponiendo una medida que no contribuye en igual medida a alcanzar la finalidad que persiguen las prohibiciones cuestionadas (pues no disminuyen el consumo de tabaco con la intensidad con la que puede lograrlo la prohibición absoluta de fumar en los espacios públicos cerrados y en los centros educativos), sino que además están proponiendo una medida inconstitucional.
105. Debe quedar claro además que resulta inocuo establecer a ciencia cierta cuál es el grado de afectación a la salud de los no fumadores que las “áreas para fumadores” en los locales públicos cerrados puede generar, puesto que existiendo un acuerdo técnico entre los entendidos en el sentido en que dicho daño existe, ese elemento de juicio resulta suficiente para considerar dicha posibilidad como inconstitucional. Tal como ha sostenido la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este Tribunal comparte,

“[q]ueda pues claramente excluida de la labor del juez de control de constitucionalidad, valoración alguna sobre la certeza del alto, medio o bajo grado de afectación de las personas no fumadoras en ambientes alterados por el consumo de tabaco. Y, resulta por el contrario un deber ineludible, aplicar la Constitución mediante la protección de los derechos de los ‘fumadores pasivos’ a la salud y al medio ambiente sano, pues en el debate, propio más bien del escenario político, no se desmiente la afectación de la salud sino solamente su alcance. De ahí, que la competencia del juez de control de constitucionalidad se circunscriba únicamente a avalar desde la Constitución la justificación de medidas tendientes a evitar que las personas que no consumen tabaco (menores en especial, pero también adultos), se vean de algún modo afectadas por aquellos que sí lo consumen. Esto, confirma de igual manera la impertinencia constitucional del argumento dirigido a sustentar la falta de justificación real de las políticas antitabaco, mediante la comparación con otras conductas que presuntamente tendrían tanta carga nociva para la salud como el consumo de tabaco. El estudio de los efectos en uno u otro sentido de las conductas de consumo de los ciudadanos, no es un aspecto que corresponda analizar al juez constitucional, en primer término; y en segundo, como se ha dicho, sólo basta que se haya comprobado algún grado de afectación de la salud de quienes acceden a ambientes alterados por consumo de tabaco, y ello es suficiente justificación para proteger los derechos de algunos en detrimento de los intereses de otros” (cfr. Sentencia C-639 de 2010, F. J. 8).

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

108. De esta forma, los demandantes sugieren la permisión de una conducta que no limite sus efectos dañinos en el propio fumador, sino que se extiendan al trabajador, esta vez en calidad de fumador pasivo. Esto es, sugieren que, a través de esta permisión, los daños a la salud del trabajador sean asumidos como una suerte de *externalidad social* derivada de la supuesta obligación por parte del Estado de asumir ciertos costos en aras de hacer más viable la posibilidad de fumar por parte de quienes desean hacerlo. En tal sentido, incluso sugieren la siguiente posibilidad: "en el caso de los trabajadores de los establecimientos exclusivos para fumadores, el Estado podría contar con una legislación que regule dicha actividad considerándola como una actividad de riesgo (...) comprendida en el seguro complementario de trabajo de riesgo" (cfr. escrito de demanda, p. 33). Sobre esta posibilidad se ha insistido en el escrito presentado el 6 de julio de 2011 (p. 17).

109. Fumar forma parte del contenido constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad; ello ya quedó establecido. No obstante, es una conducta objetivamente dañina para la salud, no solo de quien la ejecuta, sino de todo su entorno. Por ello, aunque es un acto que el Estado no puede sancionar, no es un acto que deba incentivar. De hecho, el serio daño que ocasiona al derecho fundamental a la salud obliga al Estado a no llevar a cabo absolutamente ningún acto que facilite o promueva su realización. Más aún, como consecuencia de la suscripción del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, según quedó dicho, el Estado ha asumido ciertas obligaciones en búsqueda de desincentivar y reducir sustancialmente el consumo de tabaco y la exposición al humo del cigarro.

110. Por consiguiente, la sugerencia de los demandantes en el sentido de que sea el Estado quien asuma los costos de la libre decisión de fumar por parte de una persona, a través de un seguro complementario de riesgo, es contraria al deber constitucional de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

no promover esta acción objetivamente dañosa y contraria al valor salud. Fumar es un acto de libertad, y el Estado tiene el deber de reconocerlo. Pero eso es una cosa, y otra, muy distinta, pretender que so pretexto de ello tenga el deber de asumir algún costo por su ejecución, distinto de aquél que suponga la atención sanitaria del asegurado que, por libre decisión, decidió llevar a cabo una conducta que era muy probable que le genere daño (pero a él, y solo a él; toda otra posibilidad está constitucionalmente proscrita).

111. Por lo demás, los seguros complementarios de trabajos de riesgo, tienen, por antonomasia, el objetivo de solventar las atenciones de salud generadas por la realización de trabajos que, no obstante las afectaciones a la salud que su realización genera, son indispensables para la consecución del bien común, tales como la extracción de madera, explotación de minas de carbón, extracción de minerales, producción de petróleo crudo y gas natural, fabricación de textiles, industria de cuero, fabricación de sustancias químicas industriales, fabricación de productos plásticos, industria de hierro y acero, construcción de maquinarias, etc. Es decir, en estos casos, el costo asumido por el Estado, en general, obedece a la necesidad de incentivar y proteger frente a la relación de una actividad laboral que, pese a los riesgos para la salud que genera, se estima valiosa para la promoción del "bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación", deber primordial del Estado, conforme al artículo 44º de la Constitución. Desde luego, fumar no contribuye a la realización de dicho fin social. Ergo, incurren en error los demandantes al sugerir que el Estado tendría el deber de asumir los costos sanitarios generados por una actividad laboral orientada a viabilizar la realización de un acto (fumar) que no solo agota toda su virtualidad en el llano placer de quien la lleva a cabo, sino que, además, en tanto epidémica, es causal de millones de muertes en el mundo.

112. En esa línea, el Tribunal Constitucional comparte la posición del *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, en el sentido de que "[l]os trabajos de riesgo son tales cuando el carácter riesgoso es inescindible a la actividad laboral, lo cual ciertamente no es el caso de bares o restaurantes u otros lugares públicos cerrados" (cfr. Informe, p. 5).

113. De otro lado, con relación a la prohibición de que se pueda fumar en las áreas abiertas de los centros educativos, los demandantes sostienen que "tampoco resulta necesaria; siendo posible adoptar medidas menos restrictivas; como por ejemplo prohibir el consumo de tabaco en los centros educativos únicamente cuando en estos acudan menores de edad o únicamente en los espacios cerrados" (cfr. escrito de demanda, p. 33; el énfasis es del original).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

114. No obstante, las medidas propuestas por los recurrentes no cumplen con la finalidad de reducir el consumo de tabaco, cuando menos no con la misma intensidad con la que lo hace la prohibición absoluta de fumar en cualquier espacio de los centros educativos. A lo que cabe agregar que el Tribunal Constitucional comparte el siguiente criterio esgrimido por el Procurador del Congreso: **“resulta contradictorio que se permita la realización de un acto (consumo de tabaco), que trae devastadoras consecuencias para la salud humana, en un lugar (centro educativo universitario) que está dedicado a prestar un servicio público (educación), que tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana y proporcionarle conocimientos para lograr una mayor calidad de vida. Más aún, si tenemos en consideración que, en muchos casos, a dichos centros educativos también asisten menores de edad en los mismo horarios, quienes deben ser protegidos, sobre la base de lo establecido en la Constitución y en la Convención sobre los Derechos de Niño”** (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 12 – 13; el énfasis es del original).

115. En efecto, si el tabaco mata, cuando menos, a 5 millones de personas, fumadoras o no, anualmente en el mundo (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*, p. 7); y de acuerdo al artículo 13º de la Constitución, “[l]a educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana”, resulta razonable que el acto de fumar se prohíba de manera absoluta en todo recinto educativo.

116. Debe tomarse en cuenta que, tal como han planteado el *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, “prohibiciones exhaustivas de fumar en universidades se han aprobado en países como Austria, Bolivia, Cuba, Egipto, Guatemala, India, Nueva Zelanda, Reino Unido y Uruguay, entre muchos otros [Alianza para el Convenio Marco (2008), Entornos libres de humo. Informe sobre la situación internacional al 31 de Diciembre de 2008, disponible

en: http://tobaccofreecenter.org/files/pdfs/es/SF_environments_report_es.pdf].

Subsidiariamente, es una medida que fortalece la protección de los jóvenes frente al tabaco ya que no hay garantías de que aún en instituciones de educación superior no asistan menores de edad. Teniendo en cuenta que está probado que la industria tabacalera apunta sus campañas de comunicación a niños y jóvenes [N. Hafez, P.M. Ling. *How Philip Morris Built Marlboro into a Global Brand for Young Adults: Implications for International Tobacco Control*, *Tobacco Control*, Vol. 14 No. 4 (2005) and G. Hastings, L. MacFadyen, *Keep Smiling: No-Own's Going to Die*, *British Medical Association Tobacco Control Resource Centre*, London, (2000)], las medidas extra de protección ante estas estrategias pueden justificarse en compromisos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño” (cfr. Informe, p. 6).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

117. En estricto pues, los recurrentes no ofrecen ninguna alternativa que permita apreciar que las prohibiciones cuestionadas no superan el subprincipio de necesidad. Ello obedece, fundamentalmente, a que no han considerado que las medidas adoptadas por el legislador tienen por finalidad no solo proteger la salud de los no fumadores, sino además reducir el consumo de tabaco, finalidad que, como ha quedado dicho, resulta plenamente válida, y además, constitucionalmente obligatoria.

118. Así las cosas, el Tribunal Constitucional considera que frente a las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, no existen medidas menos restrictivas de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, que permitan alcanzar cuando menos con igual idoneidad o satisfacción la reducción sustancial del consumo de tabaco, tal como lo exige el artículo 3º del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, protegiendo en igual grado la salud de los consumidores de tabaco y reduciendo, por tanto, en igual dimensión los costos sanitarios del tratamiento de las enfermedades que el tabaco genera. Por tal motivo, considera que las referidas prohibiciones superan el subprincipio de necesidad.

119. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que al momento de apreciar la existencia o no de medios alternativos a los adoptados por el legislador, que restrinjan menos los derechos fundamentales, pero cumpliendo con igual o mayor eficacia el fin buscado, el Tribunal Constitucional debe actuar bajo el principio de auto-restricción (*selfrestraint*), dado que el establecimiento de un umbral demasiado exigente al momento de valorar el cumplimiento del subprincipio de necesidad, puede culminar "asfixiando" las competencias del legislador en la elección de los medios más adecuados para la consecución de los fines constitucionalmente exigibles, generándose por esa vía una afectación del principio democrático representativo (artículo 93º de la Constitución) y una inobservancia del principio de corrección funcional al momento de interpretar la Constitución y la leyes de conformidad con ésta (cfr. STC 5854-2005-PA, F. J. 12 c.)

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

120. Queda por analizar si las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, superan el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. De acuerdo con este subprincipio, una medida restrictiva de los derechos fundamentales, solo resultará ponderada, si el grado de incidencia que genera sobre el contenido de los derechos restringidos, es menor que el grado de satisfacción que genera en relación con los derechos y/o bienes constitucionales que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

busca proteger u optimizar.

121. En el rubro de la demanda dedicada a este punto, los recurrentes afirman lo siguiente: **“Si el consumo de tabaco en establecimientos exclusivamente para fumadores (donde trabaja personal fumador) no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores pues tales personas no acudirían a dichos lugares, no es razonable que se prohíba”** (cfr. escrito de demanda, p. 34; el énfasis es del original). Asimismo, señalan que “[s]i el consumo de tabaco en espacios abiertos dentro de locales dedicados a la educación adulta como universidades, institutos o escuelas de postgrado, no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores, no es razonable que se prohíba” (cfr. escrito de demanda, p. 36). Ocurre, no obstante, que si no se prohíben estas acciones no se reduciría el consumo de tabaco, que es lo que se busca lograr.

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

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

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

124. En relación con esta posición, los demandantes sostienen lo siguiente: “Considerar que el Estado puede, bajo el argumento de proteger la salud de los fumadores, prohibir fumar en determinados lugares en los cuales no se afecta a terceros implica asumir que existe una supuesta ‘debilidad de voluntad’ de los fumadores que amerita la intervención del Estado, pues como lo considera –increíblemente– el Informe de Amicus Curiae ‘*la libertad de fumar no es libertad*’. Estamos pues ante una medida paternalista ilegítima que lesiona el libre desarrollo de la personalidad” (cfr. escrito de fecha 6 de julio de 2011, pp. 16 – 17).

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

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

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

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

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

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

127. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que la fisiología humana está constituida de forma tal que progresivamente genera mayores grados de tolerancia a la nicotina, por lo que, en el devenir del tiempo, el fumador requiere mayores dosis de ella para generar la satisfacción deseada, provocando por consiguiente poco a poco un mayor daño a su salud, y, eventualmente, a la salud de terceros. Tal como refiere la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, "...el tabaquismo puede llegar a generar comportamientos de tolerancia, síndrome de abstinencia y conducta compulsiva de consumo [SOTO MAS, F., VILLALBÍB, J.R., BALCÁZARA, H y J. VALDERRAMA ALBEROL. La iniciación al tabaquismo: aportaciones de la epidemiología, el laboratorio y las ciencias del comportamiento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

(en línea) En:
<http://www.elsevier.es/sites/default/files/elsevier/pdf/37/37v57n04a13036918pdf001.pdf>. Fecha de consulta: 1 de junio de 2011]. (...)” (cfr. Informe, p. 22).

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

Y si bien es verdad que en determinados casos la separación entre bienes primarios y bienes secundarios, puede resultar discutible, a juicio del Tribunal Constitucional, fumar a todas luces satisface solamente bienes secundarios. No solamente porque es claro que no contribuye a la cobertura de ninguna necesidad básica, sino porque es un acto intrínsecamente dañino, al generar, como ha quedado dicho, la muerte anual promedio de más de 5 millones de personas en el mundo, motivo por el que justificadamente el tabaquismo ha sido considerado como una epidemia.

132. En relación con los problemas de salud que el tabaco genera en el hogar, los demandantes han sostenido que las prohibiciones normativas cuestionadas no son proporcionadas, pues no harán sino agravar tales problemas. En efecto, en la demanda se manifiesta lo siguiente: "prohibiendo el consumo de tabaco en lugares exclusivamente para fumadores, de acceso público o restringido, se está promoviendo de forma indirecta que aumente el consumo en los hogares de los fumadores, único espacio que les quedará para su consumo. En este contexto, ¿quién va a proteger al resto de los habitantes del hogar de la exposición al humo del tabaco? Los niños y niñas de padres o hermanos que fuman recibirán de forma directa el humo que se emana al consumirlo. Peor aún, es lógico suponer que un niño o niña que ve a sus padres o hermanos fumar, tendrá más posibilidades de convertirse en fumador, por imitación del modelo. En suma, se logra todo lo contrario a lo buscado, se aumenta la exposición de los menores de edad al humo de tabaco y se incentiva su consumo" (cfr. escrito de demanda, p. 36).

133. Existen dos razones fundamentales por las que el Tribunal Constitucional no puede compartir este criterio de los demandantes. En primer lugar, porque existen razones empíricas que permiten constatar que las conclusiones a las que arriban son falsas. En efecto, según la Organización Mundial de la Salud, "[l]as legislaciones que crean espacios públicos libres de humo de tabaco (...) alientan a las familias a mantener sus hogares libres de humo (...), protegiendo así a los niños y otros miembros de la familia contra el tabaquismo pasivo (...). En Australia, la introducción, en los años noventa, de leyes que crean lugares de trabajo libres de humo de tabaco, ha ido acompañada gradualmente de un incremento de la proporción de adultos que evitan exponer a sus hijos al humo de tabaco ajeno en el hogar (...). Incluso entre los fumadores, es bastante frecuente que tomen la iniciativa de no fumar en casa tras la promulgación de una legislación integral sobre ambientes libres de humo de tabaco" (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*, p. 30).

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

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

134. La segunda razón por la que este Colegiado discrepa del planteamiento de los demandantes, es porque en él subyace una falta de reconocimiento del deber que también compete a los privados, y singularmente a los padres de familia, en la debida promoción de los valores constitucionales. En efecto, la pregunta de los recurrentes en el sentido de que ante las prohibiciones cuestionadas... “¿quién va a proteger al resto de los habitantes del hogar de la exposición al humo del tabaco?”, pareciera sugerir que ante la decisión por parte del legislador de —en ánimo de proteger el derecho fundamental a la salud y cumplir las obligaciones internacionales asumidas en este sentido— prohibir el consumo del tabaco en los locales públicos cerrados, se estaría obligando inevitablemente a los padres a fumar en sus casas, perjudicando seriamente la salud de sus hijos e incentivándolos a incursionar en esta actividad adictiva. Esta perspectiva olvida que, de conformidad con el artículo 5º de la Constitución “[e]s deber de los padres (...) educar (...) a sus hijos” y que conforme al artículo 38º de la Constitución, “[t]odos los peruanos tienen el deber de (...) respetar, cumplir y defender la Constitución”, lo cual exige asumir que todo padre tiene el deber constitucional de no llevar a cabo en el hogar conductas que puedan violar el derecho fundamental a la salud de sus hijos. Es evidente que, salvo en circunstancias absolutamente excepcionales, no compete al Estado subrogarse a los padres en la protección de los hijos, pues incurriría en una violación de la autonomía de decisión familiar (artículo 6º de la Constitución) y de la intimidad familiar (artículo 2º, inciso 7, de la Constitución); paradójicamente, eso sí que constituiría una medida paternalista injustificada en el Estado Constitucional.

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

135. La prohibición de que se creen espacios públicos cerrados solo para fumadores, por su parte, tal como quedó establecido, restringe los derechos a la libre iniciativa



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

LIMA

5,000 CIUDADANOS

privada y a la libertad de empresa, en tanto ya no es posible decidir libremente la creación de espacios de estas características. ¿En qué medida lo hace?

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

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

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

Tampoco se observaron tras la introducción de una legislación completa sobre los ambientes libres de humo de tabaco cambios estadísticos significativos en los indicadores económicos referentes a la industria hostelería en Massachusetts (...), ni perjuicios económicos en los establecimientos de restauración y bares en la ciudad estadounidense de tamaño medio de Lexington (Kentucky) (...), ni ningún impacto económico adverso en el turismo en Florida (...). Se comprobó asimismo que en lo que respecta a la venta de bares ubicados en comunidades con leyes sobre ambientes libres de humo de tabaco los precios eran similares a los pagados por locales similares en zonas en las que no se aplican restricciones antitabáquicas (...). Este tipo de datos probatorios de carácter económico pueden ser de utilidad para demostrar que las afirmaciones de la industria tabacalera según las cuales la creación de ambientes libres de humo de tabaco causa perjuicios económicos son infundadas” (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*, p. 31).

137. Consiguientemente, aunque en abstracto la prohibición de que existan espacios públicos solo para fumadores puede mostrarse como restrictiva de los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, los datos objetivos y concretos muestran que tales restricciones son sumamente leves o incluso nulas.

138. Por otro lado, cuando se analizó el subprincipio de idoneidad, se evidenció el alto grado de satisfacción con el que las prohibiciones cuestionadas cumplen con la finalidad de reducir el consumo de tabaco, lo cual evidentemente redundaría en la mayor protección del derecho a la salud de los fumadores y en la reducción de los costos sanitarios que el consumo de tabaco ocasiona, siendo la salud un derecho y valor fundamental de nuestro sistema constitucional, pues es imperativa su protección para que el ser humano pueda ejercer su autonomía moral y, en definitiva,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

desarrollarse en dignidad (artículo 1º de la Constitución).

139. El tabaquismo (se ha dicho en más de una oportunidad en esta sentencia) es una epidemia: “Entre los cinco principales factores de riesgo de mortalidad, es la causa de muerte más prevenible. El 11% de las muertes por cardiopatía isquémica, la principal causa mundial de muerte, son atribuibles al consumo de tabaco. Más del 70% de las muertes por cáncer de pulmón, bronquios y traquea son atribuibles al consumo de tabaco. Si se mantienen las tendencias actuales, el consumo de tabaco matará a más de 8 millones de personas al año en 2030. La mitad de los más de 1000 millones de fumadores morirán prematuramente de una enfermedad relacionada con el tabaco” (cfr. http://www.who.int/tobacco/health_priority/es/index.html – Organización Mundial de la Salud–).

140. Dado que el tabaquismo es una epidemia que sitúa en grave riesgo el derecho a la salud tanto de los fumadores como de los no fumadores, pudiendo generar en muchos casos daños irreparables, las medidas que en cumplimiento de las obligaciones del Estado se dicten “a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco” (artículo 3º del Convenido Marco de la OMS para el control del Tabaco), gozan del mayor grado de relevancia jurídica y ética en el marco de un Estado Constitucional, sobre todo si, como ha quedado demostrado en esta causa, alcanzan dicha finalidad con un alto grado de satisfacción.

141. En consecuencia, dado que las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, restringen solo en menor grado los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, y, en contraposición a ello, alcanzan en un nivel altamente satisfactorio la protección del derecho fundamental a la salud, reduciendo significativamente el consumo de una sustancia con alto efecto adictivo y sumamente dañina no solo para la salud de quien fuma, sino también para quien no lo hace, el Tribunal Constitucional considera que tales prohibiciones superan el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto y resultan, en definitiva, constitucionales. Corresponde, por consiguiente, desestimar la demanda.

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

142. Antes de dar por concluida esta causa, el Tribunal Constitucional considera fundamental señalar que, conforme a las consideraciones que a continuación se desarrollan, no resulta constitucionalmente posible que en el futuro la legislación retroceda en las medidas actualmente adoptadas para reducir el consumo de tabaco en la sociedad peruana.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

143. Como ya se ha mencionado, el artículo 7º de la Constitución establece lo siguiente: "Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa". Por su parte, el artículo 12º, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, establece lo siguiente: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del *más alto nivel posible* de salud física y mental" (énfasis agregado). En sentido sustancialmente análogo, el artículo 10º, inciso 1, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), establece lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del *más alto nivel* de bienestar físico, mental y social" (énfasis agregado).

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

Todo ello ha sido confirmado en el último *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2011. Advertencia sobre los peligros del tabaco*, presentado el 7 de julio de 2011, en la ciudad de Montevideo, Uruguay. En efecto, en el resumen ejecutivo de dicho Informe, se señala lo siguiente: “El tabaco sigue siendo la primera causa mundial de muertes prevenibles. Cada año mata a cerca de 6 millones de personas y causa pérdidas económicas de cientos de miles de millones de dólares en todo el mundo. La mayoría de esas muertes corresponden a los países de ingresos bajos y medios, y se espera que esta disparidad siga aumentando en los decenios venideros” (p. 1). Por cierto, en la versión completa del Informe se destaca el caso del Perú como uno de los países que más recientemente ha prohibido legalmente el consumo de tabaco en espacios públicos cerrados y en los lugares de trabajo, junto con Burkina Faso, España, Nauru, Pakistán, y Tailandia (cfr. *Who Reporto on the global tobacco epidemic, 2011. Warning about the dangers of tobacco*, pp. 43, 51 y 53).

145. Que el tabaquismo es una epidemia, ha sido reconocido por el Estado peruano al haber suscrito el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. En efecto, por vía de la ratificación de dicho Convenio, el Estado peruano, entre otras cosas, reconoce expresamente “que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública, que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral”, y “que la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco, o a consumir de cualquier otra manera productos de tabaco”.

146. De otro lado, de acuerdo con el artículo 2º, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Estado peruano “se compromete a adoptar medidas, (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de [l derecho fundamental a la salud]”. Es un compromiso esencialmente idéntico al derivado de los artículos 1º y 2º del Protocolo de San Salvador y del artículo 26º de la Convención Americana de Derechos Humanos. De acuerdo a la Observación General N.º 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –establecido en virtud de la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)–, “[s]i bien corresponde a cada Estado Parte decidir el método concreto para dar efectividad a los derechos del pacto en la legislación nacional, los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte” (cfr.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

Observación General N.º 9, "Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales", 19no. Período de Sesiones, 3 de diciembre de 1998). Por su parte, de acuerdo a la Observación General N.º 3 del referido Comité "la principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2º es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos (en el Pacto)'", señalándose que "el concepto de progresividad efectiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, (...) no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. (...). [L]a frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga" (cfr. Observación General N.º 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes", 5to. Período de Sesiones, 14 de diciembre de 1990).

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

V. FALLO

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
URVIOLA HANI

Handwritten signatures of the judges and the secretary, including a large signature that appears to be 'Victor' and another that appears to be 'Callirgos'.

Lo que certifico:

 VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
 SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC
LIMA
MÁS DE CINCO MIL
CIUDADANOS

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS BEAUMONT CALLIRGOS Y ETO CRUZ

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

§1. Delimitación de la controversia

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

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

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

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

3. A fin de evaluar la constitucionalidad de las normas impugnadas, que prohíben fumar en determinados establecimientos y ambientes públicos, es precisamos abordar el estudio de la naturaleza jurídica que ostentan estas medidas estatales, en tanto que regulaciones orientadas a preservar determinados bienes jurídicos que la Constitución tiene por relevantes.

4. En ese sentido, conviene destacar que, al igual como sucede con la penalización del consumo de drogas o la obligatoriedad de llevar puesto el cinturón de seguridad, la regulación estatal sobre el uso del tabaco suele ser identificada como una medida de intervención estatal en asuntos cuya conveniencia incumbe evaluar *prima facie* a los propios individuos. Se afirma, en tal sentido, que el Estado sólo podría decidir cuál



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC
LIMA
MÁS DE CINCO MIL
CIUDADANOS

es el modelo de vida que han de observar las personas, a costa de negar la autonomía que a éstas les asiste.

5. Sin embargo, para entender esta afirmación en sus correctos términos, es necesario acudir a la clásica distinción, acuñada por la filosofía moral, entre *paternalismo* y *perfeccionismo*, en tanto que medidas orientadas a imponer un cierto patrón de conducta a los ciudadanos. En efecto, como bien señala Nino

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

6. Desde esta perspectiva, resulta evidente que, a diferencia del modelo propugnado por las políticas perfeccionistas (por definición, verticales y totalitarias, y en ese sentido, sin cabida en el Estado constitucional), el paternalismo estatal, por el contrario, promueve la libertad de elección de formas de vida, proveyendo a tal efecto la información que pueda resultar relevante (como la que se refiere a los daños del consumo de tabaco), haciendo más difíciles ciertos pasos y obligando de esa manera a que se medite más cuidadosamente acerca de ellos (como en el caso de los trámites para el casamiento y el divorcio), eliminando ciertas presiones que puedan determinar que se tomen decisiones autodañosas (como cuando se hace punible el desafío al duelo), etc².

7. Debe tenerse presente que el modelo paternalista difiere notoriamente en sus postulados dependiendo del interés o derecho que se busca proteger. Así pues, tratándose de la defensa de *derechos civiles y políticos* (como a la vida o a la libertad religiosa), la actuación estatal asume un cariz básicamente restrictivo, por cuanto la expansión de esta clase de libertades requiere, precisamente, de la menor injerencia del Estado. En cambio, cuando las medidas de protección se encuentran orientadas a maximizar *derechos de carácter prestacional* (como a la salud o a la educación), una mayor intervención del Estado encuentra justificación en la necesidad de que determinadas barreras puedan ser superadas a fin de lograr un contexto de igualdad sustancial entre las personas. La acción del Estado, en este supuesto, halla su razón de ser en el principio de solidaridad y en la noción de reciprocidad.

¹ NINO, Carlos Santiago: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª edición ampliada y revisada, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 414.

² NINO, Carlos Santiago: *op. cit.*, p. 416.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC
LIMA
MÁS DE CINCO MIL
CIUDADANOS

8. Con todo, la imperiosa necesidad de que la actuación estatal no represente una intervención desmedida en la vida de los ciudadanos (independientemente del derecho fundamental que se busque optimizar), obedece no sólo a aquella ideología de cuño liberal que ha permitido posicionar a la persona humana como centro y justificación del Estado y de la sociedad, sino que responde también a la exigencia de que la autonomía personal, en tanto que valor inherente al Estado constitucional, quede preservada en el contexto de la ordenación de la vida en sociedad. Ello, con mayor razón si, como es justo reconocer, un Estado que entiende que su tarea principal consiste en intervenir en los proyectos de vida de sus ciudadanos, corre el riesgo de convertirse en un Estado totalitario, que termina subordinando el ejercicio de los derechos a un pretendido "interés general", que en la práctica no es más que el interés personal del gobernante de turno.
9. Así pues, cuando nuestra Constitución señala que "[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado" (artículo 1º), agregando seguidamente que "[n]adie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (artículo 24º inciso a), presupone que esa dignidad requiere de un contexto favorable a la maximización de la libertad general de acción de las personas, esto es, la capacidad de éstas para poder autodeterminarse, dándose sus propias normas y optando por el proyecto de realización personal que mejor les plazca, siempre que dicho plan vital no afecte a terceras personas³.
10. La autonomía personal, entendida como un valor inherente al Estado constitucional, en su interacción con los demás principios y valores, ha sido inmejorablemente definido, como señala el fundamento 18 de la sentencia, por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 4º establece que "[l]a libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley". En el mismo sentido, se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 29º inciso 2 señala que "[e]n el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de

³ Entendiendo a esta facultad como parte integrante del contenido del derecho al *libre desenvolvimiento de la personalidad*, como derecho innominado o implícito derivado del principio de dignidad humana, el Tribunal Constitucional ha interpretado que "la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad" (STC N.º 0007-2006-AI/TC, FJ. 47).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC
LIMA
MÁS DE CINCO MIL
CIUDADANOS

los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

11. Sin embargo, el principio de no afectación a terceros como *único* límite a la autonomía de la voluntad, y por extensión, al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en nuestra Carta Magna, no puede ser entendido como una subordinación al interés general o a la conveniencia de las mayorías. En efecto, es evidente que los derechos fundamentales, antes bien que absolutos, son relativos, habida cuenta que su goce y ejercicio se encuentran limitados por otros derechos y bienes constitucionales que ostentan igual valía y que, por ende, merecen igual protección constitucional. De ahí que el principio según el cual cada quien puede elegir libremente su proyecto de vida, puede ser limitado o restringido en ciertos supuestos, pero siempre a condición de que tales restricciones satisfagan los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.
12. Sin embargo, cuando una determinada política estatal restringe la libertad general de acción de las personas, con sustento en la necesidad de atender el interés general de las mayorías, no existiendo ningún riesgo de afectación a terceros, el Estado no hace más que sacrificar arbitrariamente el ejercicio de los derechos sobre la base de un criterio utilitarista basado en la lógica del costo-beneficio, desconociendo a la par el valor que tales derechos ostentan en el Estado constitucional. Muy el contrario, el entendimiento de los derechos fundamentales como conquistas frente a las mayorías presupone que el haz de posiciones jurídicas que ellos protegen han de prevalecer sobre la *noción abstracta* del interés social, por la sencilla razón de que “un derecho en contra del gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese ‘algo’ se haga”⁴.
13. Por este motivo, para que una determinada limitación en la esfera de la autonomía personal aparezca como una medida razonable y proporcional, ella debe encontrar su fundamento en la protección de derechos concurrentes de personas concretas, individualmente consideradas (respecto de los cuales sea posible demostrar una *relación de causalidad* en sentido estricto), antes bien que en irreales “derechos” o “preferencias” de las mayorías. De este modo, como bien señala Nino, los derechos fundamentales, hoy como antes, se encuentran orientados a resguardar ciertos intereses que pueden ser minoritarios “contra la posibilidad de que sean avasallados cada vez que se demuestre que la mayoría de la sociedad se vería beneficiada si esos intereses fueran frustrados”⁵.

⁴ DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 289.

⁵ NINO, Carlos Santiago: *op. cit.*, pp. 437-438.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC
LIMA
MÁS DE CINCO MIL
CIUDADANOS

14. En el caso *sub litis*, por ejemplo, una justificación alusiva al denominado “interés de las mayorías” consistiría en afirmar que el uso del tabaco tendría que ser restringido porque la pérdida de vidas o capacidad productiva de los fumadores habituales disminuye su contribución al bienestar general. Naturalmente, restringir (o peor aún, prohibir) el consumo de tabaco en base a este tipo de razones, equivaldría a tratar de imponer la moral subjetiva del legislador a través del derecho, convirtiéndose aquélla en una medida manifiestamente irracional y desproporcionada, y ciertamente perfeccionista, sobre todo si tenemos en cuenta que, en no pocos casos, el hábito de fumar es libremente elegido por las personas como un modelo de vida. Este sería el caso, por citar sólo un ejemplo, de nuestro escritor Julio Ramón Ribeyro, quien en un interesante pasaje de su relato “Sólo para fumadores”, deja entrever esta posibilidad, describiendo lo siguiente:

“[e]l cigarrillo, aparte de una droga, era para mí un hábito y un rito. Como todo hábito se había agregado a mi naturaleza hasta formar parte de ella, de modo que quitármelo equivalía a una mutilación; y como todo rito estaba sometido a la observación de un protocolo riguroso, sancionado por la ejecución de actos precisos y el empleo de objetos de culto irremplazables. Podía así llegar a la conclusión que fumar era un vicio que me procuraba, a falta de placer sensorial, un sentimiento de calma y de bienestar difuso, fruto de la nicotina que contenía el tabaco y que se manifestaba en mi comportamiento social mediante actos rituales”⁶.

15. Ahora bien, la sentencia afirma, en su fundamento 34, que la finalidad del ámbito normativo cuestionado consiste, sobre todo, en “reducir el consumo de tabaco (finalidad inmediata) para proteger la salud de los propios fumadores (primera finalidad mediata)”. En este punto, el Tribunal reconoce que muchos fumadores no fuman porque “quieren”, sino porque son adictos a la nicotina, el componente principal del tabaco que afecta al cerebro, razón que le lleva a afirmar, respecto de tales personas, que las prohibiciones cuestionadas aparecen como *restricciones mínimas*. Pese a ello, no niega la existencia de personas que, a pesar de no ser adictas al tabaco, decidan fumar. Sin embargo, respecto de ellas, opina el Tribunal que las prohibiciones impugnadas constituyen restricciones leves, dado que el acto de fumar “a todas luces satisface solamente bienes secundarios”, pues no contribuye a la cobertura de ninguna necesidad básica.

16. Coincidimos plenamente con la calificación de las prohibiciones aquí cuestionadas como medidas paternalistas justificadas en el Estado Constitucional, puesto que, tal como se reconoce en el fundamento 56 de la sentencia, una circunstancia excepcional para limitar el libre desarrollo de la personalidad es cuando existen sospechas fundadas de que la conducta de la persona no es consecuencia de una

⁶ RIBEYRO, Julio Ramón: *La palabra del mudo*, Planeta, Lima, 2009.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC
LIMA
MÁS DE CINCO MIL
CIUDADANOS

voluntad libremente adoptada, sino de algún elemento interno que la afecta sensiblemente. Dicho en otras palabras, sin ser una medida perfeccionista (puesto que no impone un determinado modelo de vida), sí califica como una medida paternalista (puesto que busca proteger al adicto de la debilidad de su voluntad). Pero, cabe preguntarse: ¿sucede lo mismo respecto a la generalidad de fumadores habituales, que no son adictos a la nicotina?

17. A nuestro juicio, la caracterización del acto de fumar como una “necesidad secundaria” para los no adictos, no llega a justificar la medida consistente en su total prohibición, puesto que ello sería tanto como afirmar que deberían prohibirse todas las “actividades banales” existentes en la sociedad. Ahora bien, es cierto que, como se señala en el fundamento 38, las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad que el Estado está obligado a proteger y promover son aquellas necesarias para la cobertura de necesidades básicas, y no las que se reducen a cubrir intereses o placeres que no son consustanciales al plan de vida de las personas. Sin embargo, nos parece justo reconocer que la justicia constitucional no podría definir, en un solo momento y para siempre, cómo así deben calificarse tales preferencias, es decir, si las restricciones a las mismas pueden ser calificadas de *leves*, *medias* o *graves* para la persona. La determinación objetiva de la gravedad de una limitación al libre desarrollo de la personalidad es un asunto que debe ser analizado de un modo casuístico, con mayor razón si convenimos que el Estado, si bien puede desmotivar ciertas conductas orientadas a satisfacer bienes “no esenciales”, no podría prohibirlas de un modo absoluto.
18. Tanto la libertad de empresa, la libre iniciativa privada, como el derecho de propiedad (que implica entre otros contenidos el derecho al disfrute de bienes), son derechos fundamentales que también resultan comprometidos en el presente caso, toda vez que más allá de las restricciones que operan sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad (en la medida que no se podrá fumar en ningún lugar público cerrado y en la áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos), también los derechos antes mencionados se verán restringidos en la medida en que, por ejemplo, determinados locales públicos cerrados (restaurantes, centros comerciales, discotecas, etc.), verán disminuidas sus ganancias y sus expectativas empresariales debido a la reducción del número de consumidores-fumadores que acudían a los mismos, así como la reducción de ingresos producto de la publicidad del tabaco, entre otros aspectos. Por ello, más allá de la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas estimo que se debe exhortar a las municipalidades y al Parlamento, establecer en su respectivo ámbito, *medidas de compensación* (reducción de algunos tributos, beneficios, por ejemplo) que en alguna medida puedan resarcir una expectativa de ganancia que cuando dichos negocios empezaron el Estado les autorizaba legítimamente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

402

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC
LIMA
MÁS DE CINCO MIL
CIUDADANOS

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

Sres.

**BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 000032-2010-PA/TC

LIMA

JAIME BARCO RODA EN
REPRESENTACIÓN DE 5,000
CIUDADANOS

403

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

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

Delimitación del petitorio

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

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

2. Según la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos fundamentales. Por ello, comparto lo señalado por el Tribunal Constitucional Español en el sentido que *“la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”*.¹
3. En tal virtud, resulta inherente a la dignidad, *“un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanar todos y cada uno de los derechos del ser humano”*.² En efecto, mientras el Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que *“(…) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (…)”*; el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que *“(…) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”* sino que *“(…) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”*.

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 53/1985.

² Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N° 2273-2005-PHC/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 000032-2010-PA/TC

LIMA

JAIME BARCO RODA EN
REPRESENTACIÓN DE 5,000
CIUDADANOS

4. Ahora bien, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha señalado que la dignidad tiene un doble carácter, esto es, como principio y como derecho fundamental, *“en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares”*.³ Mientras que *“en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos”*.⁴
5. De modo que, *“del reconocimiento de la dignidad del ser humano como fundamento del orden constituido se sigue el reconocimiento de éste como un ser libre, esto es, como un ser con capacidad de autodeterminación y con legitimidad para exigir la protección de esa capacidad; como un ser susceptible de trazarse sus propias expectativas, habilitado para tomar sus propias decisiones, legitimado para elegir sus opciones vitales y capaz de actuar o de omitir de acuerdo con sus necesidades y aspiraciones; en fin, como un ser que se sabe amparado por una cláusula general de libertad y dispuesto a hacer uso de ella para realizar su existencia”*.⁵ En esa línea, corresponde a cada persona establecer sus propias *“opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente, es lo que llamamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad”*.⁶ Desde luego, *“el derecho al libre desarrollo de la personalidad presupone, en cuanto a su efectividad, que el titular del mismo tenga la capacidad volitiva y autonomía suficientes para llevar a cabo juicios de valor que le permitan establecer las opciones vitales conforme a las cuales dirigirá su senda existencial”*.⁷

³ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2273-2005-PHC/TC.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2273-2005-PHC/TC.

⁵ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° C-373-02.

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° T-124/98.

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° SU-642/98.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 000032-2010-PA/TC

LIMA

JAIME BARCO RODA EN
REPRESENTACIÓN DE 5,000
CIUDADANOS

6. De modo que, a mi juicio, la autonomía de la voluntad privada *"se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico"*⁸ o en los diversos aspectos de su vida, asumiendo, claro está, las consecuencias que su conducta ocasione.
7. Como no puede ser de otra manera, en un Estado Social y Democrático de Derecho, *"la autonomía de la persona, parte siempre del reconocimiento de su individualidad, de manera que quien es dueño de sí, lo es en virtud de la dirección propia que libremente fija para su existencia. Es, pues, la nota del vivir como se piensa; es el pensamiento del hombre que se autodetermina. Es, en definitiva, la dimensión de la única existencia, importante en cada vivencia, y que dada su calidad esencial, debe ser reconocida como derecho inalienable por el Estado."*⁹ Y es que, en buena cuenta, *"la democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1º de la Constitución)."*¹⁰
8. Así pues, *"el libre desarrollo de la personalidad tiene una connotación positiva y otra negativa. El aspecto positivo de este derecho consiste en que el hombre puede en principio hacer todo lo que desee en su vida y con su vida. Y el aspecto negativo consiste en que la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida del titular de este derecho más allá de un límite razonable que en todo caso preserve su núcleo esencial"*¹¹
9. No puede soslayarse que *"la esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás."*¹² De ahí que, el Estado podría intervenir imponiendo restricciones a dicho derecho fundamental siempre que éstas encuentren su sustento en los derechos de terceros (como lo es en el presente caso, el derecho a la salud de los no fumadores), y que se trate de restricciones razonables y proporcionales. Por más liberal que haya sido el papel del Estado, en ningún caso tal abstencionismo supuso una total despreocupación por la suerte de su población.

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° T-468/03.

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° T-594/93.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N° 00030-2005-PI/TC.

¹¹ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° T-542/92.

¹² Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° T-594/93.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 000032-2010-PA/TC

LIMA

JAIME BARCO RODA EN
REPRESENTACIÓN DE 5,000
CIUDADANOS

10. En esa línea, y tal como ha sido subrayado por el Tribunal Constitucional Español, cabe advertir que *“el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte.”*¹³ Y es que, conforme ha sido desarrollado jurisprudencialmente por este Tribunal de manera uniforme y reiterada, ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto. Una interpretación de este tipo resulta contraria a los postulados constitucionales recogidos en nuestra Constitución.
11. Por tal motivo, excepcionalmente, el Estado se encuentra obligado a intervenir en salvaguarda de la vida de la población siempre que exista un peligro real de que la integridad personal y la salud de la población se vea comprometida, y éste sea fácilmente aminorado. En tal escenario, resulta legítimo que el Estado impida que una persona se suicide, así ésta manifieste de modo expreso su deseo de acabar con su existencia y pese a que, de impedirse que cumpla su cometido, no estará sujeto a sanción alguna. La salvaguarda de la vida impone, además, una serie de medidas estatales para, en la medida que sea posible y razonable, reducir los riesgos inherentes a toda actividad humana vinculada no sólo las relaciones de *consumo y laborales* (al prohibir por ejemplo la circulación de buses camión y establecer el uso obligatorio del casco en construcciones respectivamente) en las que tanto el consumidor como el trabajador son objeto de una tutela especial por parte del Estado; pues en la totalidad de *situaciones de la vida cotidiana*, también subsiste dicho deber estatal, que se ejemplifica por ejemplo en la obligación de usar el cinturón de seguridad en automóviles y casco en motocicletas.
12. Como señala acertadamente Ulrich Beck, las amenazas que actualmente penden sobre la humanidad ya no tienen su génesis en la naturaleza indómita sino en la conducta humana que busca dominarla y aprovecharse de ella para mejorar su calidad de vida a través del conocimiento. De ahí que actualmente vivimos en una *“sociedad de riesgo”*; en la que resulta indispensable el concurso del Estado para gestionar tales riesgos (*risk management*) y reducirlos a su mínima expresión. A guisa de ejemplo cabe señalar que con el uso generalizado del automóvil si bien ahorra tiempo y dinero, no puede soslayarse que no han sido infrecuentes los accidentes de tránsito en los que al menos un automóvil se ha visto involucrado. Para aminorar los riesgos que importa la conducción de vehículos automotores, el Estado obliga a los conductores a obtener de manera previa una licencia de conducción y a los propietarios de los mismos a contratar un Seguro Obligatorio contra Accidentes de Tránsito – SOAT y a pasar periódicamente revisiones técnicas, entre otras medidas.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 120/1990.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 000032-2010-PA/TC

LIMA

JAIME BARCO RODA EN
REPRESENTACIÓN DE 5,000
CIUDADANOS

13. Sin embargo, qué duda cabe que la decisión de consumir de tabaco es una de las múltiples manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que si bien puede devenir en una adicción que a fin de cuentas sea nociva y perniciosa para su salud, es fruto de la libre determinación del ser humano por lo que debe ser respetada sin perjuicio de que, a través de otros medios, el Estado trate de desincentivar su consumo a fin de reducir futuros gastos médicos en la población consumidora de este producto y de quienes, pese a no fumar, terminan respirando el humo del tabaco.
14. Negar la posibilidad de que las personas fumen so pretexto de reducir los costos que en el futuro los servicios sanitarios tendrán que asumir al estar científicamente probado que fumar daña la salud, resulta a todas luces irrazonable y desproporcionado. Bajo dicha lógica también se debería prohibir el consumo voluntario de "comida chatarra" pues a fin de cuentas, también está acreditado fehacientemente que su consumo habitual es dañino para la salud, o proscribir determinado tipo de deportes extremos en los que existe un latente riesgo de resultar lesionado, inválido o incluso fallecer, (como la práctica del parapente), y en los que de ocurrir algún accidente, éste en principio deberá ser asumido por el Estado o el propio afectado pues, por lo general, los seguros particulares no cubren los eventuales accidentes que tienen origen en la práctica de tales actividades.
15. Sin embargo, *"vivir en comunidad y experimentar la sensación de ser iguales y libres constitucionalmente frente a los demás, incluye también la posibilidad de actuar y sentir de una manera diferente, en lo que concierne a las aspiraciones y a la autodeterminación personal. La potestad de cada quien para fijar esas opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente, es lo que llamamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad."*¹⁴
16. No se puede compeler a la población a llevar una vida saludable. Tal aspiración, propia de un Estado totalitario, no resulta acorde con los valores y principios propios e inherentes que inspiran nuestra Carta Magna. A lo mucho, conforme ha sido señalado en los considerandos precedentes, puede incentivar o desincentivar determinados tipos de conductas mediante medidas de fomento. En esa línea, *"el legislador puede prescribir(...) la forma en que (una persona) debe comportarse con otros, pero no la forma en que (uno) debe comportar(se) con(sigo) mismo, en la medida que su conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie"*¹⁵. Por ello, no comparto la tesis paternalista y tuitiva que parte

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° T-124/98.

¹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° C-221/94.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 000032-2010-PA/TC
LIMA
JAIME BARCO RODA EN
REPRESENTACIÓN DE 5,000
CIUDADANOS

de la premisa que el Estado conoce siempre y en todos los casos lo que es mejor para cada uno, incluso en ámbitos en los que no se afectan los derechos de terceros ni la convivencia pacífica y civilizada basada en el respeto mutuo.

17. Y es que, *“el considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos”*¹⁶. Empero, incluso el error propio es fundamental para la maduración de las ideas y acciones futuras, pues de los errores, se aprende. En efecto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad *“no establece que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino que esa disposición señala que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional”*¹⁷

18. Indudablemente, fumar genera una serie de costos que van más allá de lo susceptible de ser valorizado monetariamente tanto al fumador “activo”, como por ejemplo el mismo hecho de comprar cigarrillos o el innegable deterioro en su salud que a la postre genera el consumo de tabaco; como para los fumadores “pasivos”, quienes al tener que respirar el humo producido por quienes fuman a pesar de no realizar dicha acción y en muchos casos percibirla como algo desagradable, internalizan el costo de la mencionada *externalidad negativa*. Por tanto, y a fin de corregir tal situación, el Estado se encuentra en la ineludible obligación de regular el consumo de este tipo productos.

19. Entiendo por *externalidad (externality / spillover / neighborhood effects)* a los impactos que genera un agente económico en terceros, y que el mercado no devuelve a quien los generó. Tales impactos pueden ser *negativos (negative externality / external cost)*, en caso el agente no asuma todos los costos de su actividad y éstos terminen siendo asumidos por otros agentes o por la sociedad en su conjunto (*social coast*); o *positivos (positive externality / external benefit)* en caso beneficien a terceros que no asumen costo alguno (*free riders*).

20. En una relación de consumo, en principio cada consumidor asume las bondades y los riesgos que el producto que adquiere ocasiona (de los que incluso es civilmente responsable frente a terceros), sin embargo, la existencia de las *externalidades* advertidas en los considerandos anteriores y los elevados costos de transacción hacen imposible que los particulares solucionen privadamente los perjuicios generados por esta externalidad negativa (sería una quimera que todos

¹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° C-221-94.

¹⁷ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° C- 481/98.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 000032-2010-PA/TC

LIMA

JAIME BARCO RODA EN
REPRESENTACIÓN DE 5,000
CIUDADANOS

pactemos contractualmente que cada uno fumará en su vivienda y no en la vía pública así como la manera como se penalizarían eventuales incumplimientos de dicho acuerdo) legitiman la intervención del Estado en la regulación del consumo de este producto, pero ésta debe ser razonable y proporcional.

21. Una situación de completa desregulación terminaría perjudicando a quienes no comparten el hábito de fumar, pues a pesar de no dedicarse a dicha actividad, terminarían padeciendo tanto las molestias propias del humo producido por el tabaco como las consecuencias nocivas que dicha actividad genera en su salud.
22. Si bien el Estado tolera su consumo, en modo alguno debe incentivarlo pues a fin de cuentas el daño que se genera en la salud de la población no fumadora es una externalidad usualmente no asumida por el fumador y que muy probablemente será asumida por los sistemas de salud estatales pues la mayoría de la población es pobre y no cuenta con los recursos necesarios para atenderse en centros médicos privados. En esa lógica, resulta válido que el Estado desincentive este tipo de consumos, como por ejemplo imponiendo mayores cargas impositivas, imponer advertencias en el rotulado del producto, pero sobre todo, brindando la mayor información posible para que los ciudadanos conozcan los riesgos que el consumo de tal producto ocasiona. Aunque algunos lo consideren inverosímil, por lo general los consumidores actúan razonablemente.
23. Para tal efecto, las campañas educativas tienen un rol protagónico en la reducción del consumo del tabaco. El consumo no se reduce con prohibiciones sino construyendo hábitos, los que se construyen por lo general desde temprana edad. De lo contrario, simple y llanamente se creará informalidad, pues la gente seguirá incumpliendo las prohibiciones referidas al consumo del tabaco y los empresarios terminarán permitiendo que sus clientes la incumplan máxime si se tiene en consideración que resulta materialmente imposible que el Estado supervise la totalidad de locales todo el tiempo. La regulación no puede hacerse a espaldas de la realidad.
24. Más que un gasto, tales campañas deben ser entendidas como una inversión que no sólo permitirá reducir las patologías que en el futuro aquejarán a los consumidores de dicho producto sino como una inversión en la mejora presente en la calidad de vida en la población al evitar molestias terceros no fumadores.

Incoherencias en la regulación del consumo del tabaco

25. En primer lugar, y a pesar de no haber sido alegado por las partes, estimo pertinente advertir que el marco regulatorio actual resulta abiertamente incoherente pues pese a proscribir fumar en lugares abiertos de instituciones educativas; lo tolera en lugares públicos abiertos como por ejemplo, en un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 000032-2010-PA/TC
LIMA
JAIME BARCO RODA EN
REPRESENTACIÓN DE 5,000
CIUDADANOS

Estadio (mientras el público presencia un espectáculo) o en las boleterías adyacentes a los mismos (durante el tiempo que una persona espera haciendo cola para adquirir una entrada), a pesar de que incluso puede haber menores entre los asistentes a dicho recinto. Dada la concentración de personas y la proximidad entre éstas, la incomodidad y los efectos perniciosos generados por el humo del tabaco se equiparan a los de un local público cerrado, por lo que la prohibición de fumar en tales recintos también debería extenderse a los mismos.

26. Del mismo modo, resulta inadmisibles que se permita fumar en parques en los que adyacentes a los mismos existen juegos destinados a los niños, o mientras uno espera en la calzada que cambie la luz del semáforo para cruzar una intersección vial, etc.

27. Por ello, a pesar de que *"en ejercicio del control constitucional, el papel del juez no es el de evaluar si la ponderación realizada por el legislador a la hora de definir las reglas que regulan y, en consecuencia, limitan los derechos, son las mejores (pues) (s)u función constitucional es simplemente la de controlar los virtuales excesos del poder constituido o, en otras palabras, las limitaciones arbitrarias, innecesarias, inútiles o desproporcionadas de los derechos fundamentales"*¹⁸, no puedo dejar de señalar que, en mi opinión, ni siquiera en la vía pública se debería permitir que se fume a fin de no perjudicar a la población que tiene el saludable hábito de no fumar, máxime cuando las colillas del cigarro terminarán en la vía pública pues no es usual que, quien fume, porte un cenicero mientras transita.

Análisis del caso en concreto

28. Dado que en el presente asunto litigioso, la medidas legislativas cuestionadas tienen por objeto salvaguardar el derecho a la salud de los no fumadores restringiendo de forma manifiestamente desproporcionada (a juicio de los demandantes) el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los fumadores y la libre iniciativa privada; resulta necesario recurrir al *test de proporcionalidad* a fin de que la solución decretada tome en consideración todos los bienes jurídicos comprometidos.

29. Conforme ha sido desarrollado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, dicho test se construye sobre la base de 3 exámenes que han de aplicarse sucesivamente: *idoneidad, necesidad, proporcionalidad*. En buena cuenta, tales exámenes podrían definirse de la siguiente manera:

- A la luz del *examen de idoneidad* se exige que la medida legislativa

¹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° C-475/97.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 000032-2010-PA/TC

LIMA

JAIME BARCO RODA EN
REPRESENTACIÓN DE 5,000
CIUDADANOS

decretada tenga un fin y que sea adecuada para el logro de dicho fin. A su vez dicho fin no debe estar constitucionalmente prohibido y debe ser socialmente relevante.

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

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

30. Sobre el particular, estimo pertinente señalar que *“el principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.”*¹⁹

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

31. En lo concerniente al extremo de la demanda referido a la existencia de locales cerrados destinados única y exclusivamente a fumadores, o que realizando una correcta diferenciación entre el público consumidor de tabaco y quienes no lo consumen, establece lugares adecuados y destinados exclusivamente a los primeros; estimo que si bien la norma persigue un fin constitucionalmente legítimo como lo es reducir el consumo de tabaco y la medida impuesta resulta idónea y adecuada para la consecución de tal objetivo, no puede soslayarse que existen mecanismos menos gravosos para salvaguardar el derecho a la salud de las personas no fumadoras.
32. En mi opinión, es posible armonizar los derechos fundamentales de los involucrados (fumadores, no fumadores y empresarios que brinden servicios de esparcimiento a fumadores) pues existen medidas alternativas que posibilitarían tal armonización.
33. En tanto no se perjudique al prójimo que no fuma (esto es, ocasionen *externalidades negativas*), no advierto justificación constitucionalmente válida para restringir ni el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N° 000045-2004-PI/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 000032-2010-PA/TC

LIMA

JAIME BARCO RODA EN
REPRESENTACIÓN DE 5,000
CIUDADANOS

fumadores, ni los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa de quienes invierten en satisfacer a ese público consumidor que demanda lugares de esparcimiento donde se pueda fumar, más aún si de una u otra forma, estos últimos aportan al crecimiento del país tributando y generando empleo.

34. Consecuentemente, y siempre que existan locales que cuenten con los implementos necesarios para distinguir y aislar áreas de fumadores y de no fumadores, no encuentro motivo para proscribir la existencia de la primera de las mencionadas áreas. De modo que, si una persona no fumadora decide voluntariamente asistir un recinto para fumadores deberá asumir las molestias que el humo del tabaco ocasiona en los demás pues existe una amplia oferta de locales alternativos en los que ello no se permite.
35. No obstante lo expuesto, conviene precisar que, atendiendo a las consideraciones antes expuestas, la reglamentación estatal sobre los lugares públicos cerrados donde se permite fumar, debe ser sumamente estricta y contar con las medidas de ventilación y de absorción de humo necesarias para proteger la salud no sólo de los consumidores que no fuman sino también de los trabajadores de dicho negocio, pues independientemente de que compartan el hábito de fumar, mientras laboran (así hayan decidido voluntariamente laborar en tales establecimientos y recibir una remuneración en contraprestación por su trabajo) también son fumadores pasivos, por tanto, el Estado no puede permanecer indiferente ante ellos (pese a que técnicamente no internalizan una *externalidad negativa*).
36. Por tal razón, incluso en el hipotético escenario de que existan locales destinados únicamente para fumadores (como los Tobacco Bars y Cigar Bars en los Estados Unidos de Norteamérica), tal regulación igual deberá ser cumplida escrupulosamente a fin de salvaguardar la salud del personal que labora en dicho establecimiento. Consecuentemente, el presente extremo de la demanda debe ser declarado **FUNDADO** al no superar el test de proporcionalidad.

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

37. Respecto del presente extremo de la demanda cabe indicar, en primer lugar, que en tanto resulta jurídicamente imposible impedir que menores de edad sean alumnos de tales instituciones, dicha restricción encuentra una justificación constitucional adicional a las mencionadas en los párrafos anteriores del presente voto en atención al interés superior de tales menores. Dado que aún se encuentran en etapa de formación (no sólo física sino principalmente mental), deben encontrarse libres no sólo de padecer los nocivos efectos en su salud que el tabaco produce sino de conductas que puedan imitar.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 000032-2010-PA/TC

LIMA

JAIME BARCO RODA EN REPRESENTACIÓN DE 5,000 CIUDADANOS

- 38. Así sea en espacios públicos abiertos de tales instituciones educativas, no puede soslayarse que la *externalidad negativa* producida por quienes fuman termina perjudicando a quienes no lo hacen y que probablemente existirán menores de edad entre los perjudicados. En consecuencia, resulta atendible que tal situación se encuentre regulada. En mi opinión, no cabe duda que la norma impugnada persigue una finalidad constitucionalmente valiosa y no existe manera de impedir que quienes no fuman se vean perjudicados por el humo del tabaco conforme ha sido desarrollado en los considerando anteriores. Por dicha razón, estimo que la norma impugnada supera los exámenes de *idoneidad y necesidad*.
- 39. En cuanto al *examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación*, considero que la medida adoptada por el Estado importa una *intervención de leve intensidad* en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la comunidad educativa fumadora que tiene como correlato evitar que quienes no fuman tengan que soportar las molestias ocasionadas por el humo del tabaco por lo que el *grado de realización* del derecho a la salud de los fumadores es *elevado* al impedir que se encuentre perjudicado en lo absoluto. Por tal consideración, soy del parecer que el presente extremo de la demanda debe ser declarado **INFUNDADO**.

S.
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

VICTOR AMORES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR