

Edición de Aniversario



CUADERNO
11

SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL UN ENFOQUE TRANSVERSAL EN EL DERECHO

CUADERNOS SOBRE
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
Análisis - Debate - Crítica



dic - 2016

ISSN 2519-7630

Escriben:

Samuel B. Abad Yupanqui
Luis Castillo Córdova
Domingo García Belaunde
José Víctor García Yzquierdo
César Landa Arroyo
Susana Mosquera Monelos
Jorge Portocarrero Quispe
Juan Manuel Sosa Sacio

Pedro P. Grández Castro
(Coordinador)

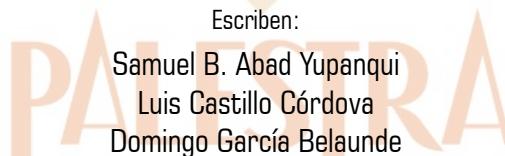


Nº 11 - Dic. 2016

SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL UN ENFOQUE TRANSVERSAL EN EL DERECHO

Escriben:

Samuel B. Abad Yupanqui
Luis Castillo Córdova
Domingo García Belaunde
José Víctor García Yzquierdo
César Landa Arroyo
Susana Mosquera Monelos
Jorge Portocarrero Quispe
Juan Manuel Sosa Sacio
Pedro P. Grández Castro
(Coordinador)



LIMA - 2016



CUADERNOS SOBRE
**jurisprudencia
constitucional**
Análisis - Debate - Crítica

Directores

LUIS CASTILLO CÓRDOVA | PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO

Consejo Editorial

HUGO SAÚL RAMÍREZ GARCÍA

Universidad Panamericana de México

FERNANDO TOLLER

Universidad Austral (Argentina)

FCO. JAVIER DÍAZ REVORIO

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

INGO SARLET

Pontificia Universidad Católica de Río Grande do Sul (Brasil)

NÚMERO 11 - *Primera edición, diciembre de 2016*

SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

Un enfoque transversal en el Derecho

© Copyright: PALESTRA EDITORES SAC

Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú

Telfs.: (511) 6378902 / 6378903

palestra@palestraeditores.com | www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:

MULTIGRAFIK S.A.C.

Cal. s/n Mza. 54 Lote 25 AAHH. Huascar - Lima 36 - Perú

Diciembre, 2016

Diagramación:

Adriana J. Mallqui Luzquiños

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2016-17383

ISSN: 2519-7630

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN CUALQUIER TIPO DE SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

Contenido

| | |
|--|-----|
| Presentación..... | 7 |
| La interpretación constitucional en su laberinto | 9 |
| DOMINGO GARCÍA BELAUNDE | |
| Los estándares en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos | 29 |
| CÉSAR LANDA ARROYO | |
| Reflexiones sobre la interpretación de la convencionalidad de los derechos humanos en un caso de justicia transicional | 49 |
| SUSANA MOSQUERA MONELOS | |
| Discapacidad, derechos humanos y reforma del Código Civil. Un “estado de cosas inconstitucional” | 81 |
| SAMUEL B. ABAD YUPANQUI | |
| La vinculación de la administración pública a la Constitución..... | 107 |
| LUIS CASTILLO CÓRDOVA | |

| | |
|---|-----|
| Paternalismo y ponderación: dos esquemas de argumentación en la jurisprudencia constitucional Notas a la sentencia del TC en el caso de la Ley Antitabaco (STC 032-2010-AI/TC) | 127 |
| PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO | |

| | |
|--|-----|
| La interpretación constitucional y la doctrina del “bloque de constitucionalidad” o de las “normas interpuestas” | 159 |
| JUAN MANUEL SOSA SACIO | |

| | |
|--|-----|
| La constitucionalidad de someter a una persona dos veces a la silla eléctrica: análisis del caso Luisiana ex rel. Francis vs. Resweber..... | 181 |
| JOSÉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE | |

| | |
|---|-----|
| Sobre la razonabilidad y la racionalidad en la motivación de las resoluciones judiciales..... | 209 |
| JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE | |

| | |
|-------------------|-----|
| Los autores | 227 |
|-------------------|-----|

The logo consists of the word "PALESTRA" in a large, bold, orange sans-serif font. The letters are slightly slanted upwards to the right. Behind the letters is a stylized graphic element composed of several overlapping triangles and rectangles in shades of orange and light brown, creating a geometric, layered effect.

Paternalismo y ponderación: dos esquemas de argumentación en la jurisprudencia constitucional

*Notas a la sentencia del TC en el caso de la Ley
Antitabaco (STC 032-2010-AI/TC).*

Pedro P. Grández Castro

Resumen:

A la luz de la sentencia en el caso de la Ley Peruana de control del consumo de tabaco, el autor analiza los esquemas de argumentación sobre la restricción de los derechos en el marco del Estado Constitucional. El caso de las leyes antitabaco es un buen ejemplo de intervención de las políticas públicas en los espacios de las libertades, que ha merecido especial atención en los últimos años a nivel mundial. En este debate con frecuencia se suele apelar al paternalismo como esquema de argumentación a la hora de justificar las intervenciones de la legislación. El autor muestra, sin embargo, que el paternalismo no es un argumento suficiente, y debe ser incorporado, en todo caso, en el marco de la ponderación de bienes en atención a los fines que persigue la intervención de la política pública en cuestión.

Palabras clave:

Ponderación; Paternalismo; Restricción de derechos; Leyes Antitabaco.

Abstract:

In the light of the judgment in the case of the Peruvian Tobacco Control Law, the author analyzes the schemes of argumentation about the restriction of rights within the framework of the Constitutional State. The case of anti-smoking laws is a good example of public policy intervention in the areas of freedom, which has received special attention in recent years worldwide.

In this debate, paternalism is often used as a framework of argumentation when justi-

DATOS DEL ARTÍCULO:

RECEPCIÓN: 1 DE DICIEMBRE DE 2016 || APROBACIÓN: 5 DE DICIEMBRE DE 2016

CUADERNOS SOBRE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL - N° 11 - DICIEMBRE 2016

PÁGS. 127-158

fying interventions in legislation. The author shows, however, that paternalism is not a sufficient argument, and must be incorporated, in any case, within the framework of the weighting of goods in accordance with the purposes of the intervention of the public policy in question.

Keywords:

Weighing; Paternalism; Restriction of rights; Anti-tobacco laws.

Sumario:

I. PRESENTACIÓN DEL CASO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.- II. LA ESTRUCTURA ARGUMENTATIVA DE LA SENTENCIA DEL TC.- III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA.- 3.1. La “ola mundial” antitabaco y el debate que lo acompaña.- 3.2. Los argumentos contra la Ley.- 3.2.1. El argumento de la intervención de la libertad.- 3.2.2. Autonomía y no interferencia en los planes de vida.- 3.2.3. El argumento de la falta de idoneidad de la Ley.- 3.3. Los argumentos de la restricción.- 3.3.1. Argumentos sustantivos.- 3.3.2. Los argumentos del paternalismo.- IV. LA PONDERACIÓN DE BIENES.- 4.1. Identificación de los fines: ¿Derechos o compromisos internacionales?- 4.2. ¿Quién debe demostrar la existencia de medios alternativos?- 4.3. ¿Se puede pasar al tercer examen (ponderación) ante la imposibilidad de establecer la existencia de medios alternativos o la abundancia de estos?- V. COLOFÓN: ¿ES EL PATERNALISMO COMPATIBLE CON EL CONSTITUCIONALISMO?



I. PRESENTACIÓN DEL CASO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (TC) en el caso de la Ley N.º 28705 –Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco– (en adelante, la Ley o la medida) plantea interrogantes que exceden largamente los comentarios que aquí desearía realizar. Me limitaré en cualquier caso a presentar estas cuestiones a partir de la estructura de los argumentos que usa el Tribunal para confirmar la constitucionalidad de la medida en cuestión.

Desde la perspectiva liberal, la libertad se yergue como un verdadero escudo contra todo tipo de interferencias por parte del Estado, lo que incluye, desde luego, las injerencias desde la legislación. Esta perspectiva, sin embargo, presenta serios inconvenientes a la hora de asumir en serio los derechos de todos. Un buen ejemplo de esto puede verse en la experiencia jurisprudencial de la Corte Suprema de los EE. UU. que, en el famoso caso *Lochner vs. Nueva York* (1905), luego de considerar que “en casi todos los trabajos se afecta a la salud”, una exigua mayoría de cinco magistrados entendió que una Ley que intentaba proteger a los trabajadores de panaderías, impidiendo una jornada laboral mas allá de 10 horas diarias, resultaba inconstitucional por violar la libertad contractual¹.

¹ Cfr. BELTRÁN DE FELIPE, M. y GONZALES GARCÍA J. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Segunda edición, CEC, Madrid, 2006, pp. 178 y ss.

De ahí que el desarrollo de los derechos durante el Estado Social ha puesto en evidencia la necesidad de compatibilizar el ejercicio de la libertad con los otros valores y principios que conforman nuestro sistema constitucional de derechos. El presente caso muestra esta necesidad, además de constituir también un espacio de discusión institucional para ensayar nuevas justificaciones a las restricciones de la libertad en tiempos del Estado Constitucional.

La sentencia en cuestión, recaída en el Exp. N.º 0032-2010-PI, examina la constitucionalidad de la Ley N.º 28705, modificada por el artículo 2 de la Ley N.º 29517, que estableció en su artículo 3 lo siguiente:

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

Las empresas tabacaleras lograron reunir el número de firmas necesarias conforme a ley (cinco mil) e introdujeron una demanda de inconstitucionalidad contra la referida Ley. Los argumentos más relevantes que se recogen en los antecedentes de la sentencia del Tribunal Constitucional, pueden resumirse en estos términos:

- i) La ley impugnada afectaría de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de su personalidad, puesto que les impide fumar, incluso cuando se trate de lugares en los que no es posible la afectación de derechos de los no fumadores. En consecuencia, consideran que el Estado estaría interfiriendo sin justificación alguna en el ámbito de la libertad.
- ii) De otro lado, también se estaría limitando de modo irrazonable las libertades económicas de los establecimientos que se encuentran preparados para recibir la afluencia de fumadores y que, atendiendo a una anterior normativa, habrían invertido en separar ambientes para fumadores.

Desde luego, el caso plantea una serie de perspectivas para su análisis. Aquí, sin embargo, solo nos centraremos en el análisis de su estructura argumentativa y del tipo de razones que entran en juego.

Respecto de los *tipos de argumentos*, con apoyo de la propuesta de Summer², identificaremos qué tipo de argumento constituye la apelación al paternalismo

² SUMMERS, Robert. "Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification", *Cornell Law Review*, vol. 63, N° 5, 1978.

y cómo interactúa este argumento con la ponderación, que también es utilizada por el TC. Respecto de las formas de los argumentos o estructura argumentativa, analizaremos el *test de proporcionalidad* en que se sustenta el último tramo de la argumentación del Tribunal, identificando tanto su estructura como sus deficiencias argumentativas al interior. Finalmente y, a partir de dicho análisis, esperamos identificar algunos rasgos de los derechos y sus límites en el contexto del Estado Constitucional, el mismo que pasa por descartar el paternalismo y construir la posibilidad de límites en la idea de solidaridad y el mínimo de objetividad de los mismos.

II. LA ESTRUCTURA ARGUMENTATIVA DE LA SENTENCIA DEL TC

La argumentación del TC frente al problema de la constitucionalidad de la Ley presenta varias aristas. Para una adecuada presentación de los argumentos, resulta de ayuda un esquema que distribuya las cuestiones de interpretación normativa y de prueba, colocando como sustento de las afirmaciones aquellas razones relevantes que fundamentan o refutan los planteamientos identificados. Una estructura tal, como la formulada por Atienza³, permite tener una visión clara y sencilla del trayecto argumentativo, partiendo del planteamiento del problema (Pa). Este esquema divide el proceso de justificación de las cuestiones normativas (Qb), por un lado –referidas a las posibilidades de interpretación de enunciados normativos–, y por otro, las cuestiones fácticas (Qc) –vinculadas a los aspectos probatorios de los enunciados sobre hechos–.

Mientras que en el examen de las cuestiones normativas, las razones juegan a favor o en contra de las posibles interpretaciones del enunciado normativo⁴; en lo concerniente a las cuestiones probatorias, el *iter argumentativo* consiste en determinar si los enunciados fácticos son ciertos o probables, en tanto se plantee dudas sobre su veracidad⁵. Una vez identificada la interpretación más plausible y la verdad de los hechos, según Atienza, prosigue la justificación interna, a través de un ejercicio de subsunción de los hechos a la norma. Lo cual no obsta a que, en casos como el que examinamos, se recurra a otro tipo de solución de colisiones normativas. Por lo que este último tramo en

³ ATIENZA, Manuel. *Cómo analizar una argumentación Jurídica*, Cevallos, Quito, 2012.

⁴ Con lo que se configura un esquema de discusión que desde el método pragmadiáleítico se clasifica como una *disputa mixta* (en tanto no sólo se cuestiona o duda de un punto de vista, sino que frente a dicho punto de vista se opone otro). Ver EEMEREN, Frans y Rob GROOTENDORST. *Argumentación, comunicación y falacias. Una perspectiva pragma-dialéctica*. Traducción de Celso López y Ana María Vicuña. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, pp. 33 y ss.

⁵ Siguiendo el criterio del pie de página anterior, la discusión en el ámbito de la probanza resulta ser una *disputa no mixta*, en tanto la cuestión aparece frente a la duda sobre la veracidad del enunciado fáctico.

el análisis de los argumentos se trabajará en términos de la proporcionalidad y la ponderación.

Como se señaló anteriormente, el enunciado normativo a interpretar es el artículo 3 de la Ley N.º 28705 – *Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco –, al que denominaremos en adelante la medida o la Ley*. De este enunciado pueden suponerse dos cosas: bien que es inconstitucional, como plantean los demandantes; bien que es constitucional, como lo afirma el apoderado del Congreso de la República. Examinemos la línea de razones respectivas.

Si bien la decisión del TC fue a favor de la constitucionalidad de la Ley, el Colegiado identifica las razones tanto a favor de la suposición de inconstitucionalidad como de la de constitucionalidad. La suposición de inconstitucionalidad de la Ley, posteriormente negada, tiene a su favor las siguientes razones:

- (1) La libertad general iusfundamental es el fundamento del Constitucionalismo moderno.
(1.1) La fuente de inspiración del Constitucionalismo se encuentra en las Revoluciones liberales Estadounidense y Francesa, de donde se extraen el reconocimiento de derechos fundamentales y la limitación del poder estatal⁶.
- (2) Esta libertad general protegida constitucionalmente se encuentra plasmada en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución, que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por el cual se tutela la autonomía moral de acción y de elección de las personas⁷.
- (3) La libertad de fumar forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad⁸, porque quien fuma elige hacerlo (autonomía moral).
(3.1) En contra de esta razón está el que la Constitución admite límites a los derechos fundamentales, en tanto estos sean proporcionales.
- (4) La prohibición de que existan espacios públicos cerrados exclusivos para fumadores es un límite a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada, porque restringe las posibilidades de creación y organización de determinadas actividades económicas⁹.
(4.1) En contra de esta razón está el que la Constitución admite límites a los derechos fundamentales, en tanto estos sean proporcionales.

⁶ Fundamento 16.

⁷ Fundamento 23.

⁸ Fundamento 24.

⁹ Fundamento 27.

Por lo que toca a las razones en contra de la Ley (es decir, a favor de la inconstitucionalidad de ella), estas pueden sintetizarse en la siguiente afirmación: la Ley es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad (y a otras libertades como la libertad de empresa y la libre iniciativa privada)

Las razones a favor de la Ley (y por ende, en contra de su inconstitucionalidad) no solo son las que se encuadran en el examen de proporcionalidad y ponderación (que son las razones que operan en contra de los dos últimos argumentos señalados), sino que también son las extraídas desde la justificación del paternalismo. Estas son:

- (1) Es posible limitar la libertad de fumar en tanto dicho límite respete el principio de proporcionalidad¹⁰.
- (2) El Estado tiene la obligación de disminuir progresivamente el consumo de tabaco, conforme a las obligaciones asumidas al suscribir el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco¹¹.
- (3) Es posible una medida paternalista, si es justificada.
 - (3.1) Una medida paternalista es justificada cuando se procura proteger la dignidad de la persona limitada en su libertad general¹².
 - (3.2) Una medida paternalista es justificada cuando el daño evitado es mayor que la afectación a la libertad general de la persona¹³.
 - (3.3) Cuando puede determinarse que la persona destinataria de la medida paternalista tiene limitada su libre manifestación de la voluntad¹⁴.
- (4) La prohibición de que existan espacios públicos cerrados exclusivos para fumadores incide favorablemente en el derecho a la salud de los fumadores¹⁵.

En la sentencia también están presentes los argumentos que abordan la cuestión probatoria de la veracidad de las afirmaciones sobre la corrección de la medida impugnada. Al ser la cuestión probatoria el determinar si es cierto que la prohibición de fijar establecimientos comerciales cerrados disponibles para fumadores, el TC toma en cuenta los estudios proporcionados por los *amici curie* y afirma que:

Las prohibiciones cuestionadas pues, claramente, resultan idóneas para la reducción sustancial del consumo de tabaco. Por ende, son idóneas para

¹⁰ Fundamento 24.

¹¹ Fundamento 79.

¹² Fundamento 51.

¹³ Fundamento 54.

¹⁴ Fundamento 56.

¹⁵ Fundamentos 62 y 63.

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)¹⁶.

Esta enumeración global de argumentos y contraargumentos no basta para llegar a una conclusión. Existen entre ellos varias cuestiones sobre las que el TC debe dar respuestas frente a planteamientos opuestos. La demanda así planteada exigía, en primer término, identificar la finalidad última de la nor-

¹⁶ Fundamento 90.

ma, puesto que si también se proscribía la creación o mantenimiento de zonas para no fumadores en los locales cerrados (lo que se entendía, en principio, como una medida a favor de la protección de los terceros no fumadores), los demandantes con razón venían a sostener que la única finalidad que quedaba era la protección de la salud del propio fumador, lo cual, sin embargo, resultaría “inaceptable, pues constituye una típica medida paternalista” (así recogido en el fundamento 43 de la sentencia).

Para dar respuesta a esta cuestión, el TC recurre a Stuart Mill, quien reivindicando una concepción liberal de los derechos fundamentales escribía en su célebre libro *Sobre la libertad* que: “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”. El TC concuerda con este razonamiento en la medida que, según se lee en los argumentos de la sentencia, es la protección de la autonomía moral y su proyección la que daría sentido y fundamento último a los derechos fundamentales. Sin embargo, respecto del paternalismo, solo exhibe argumentos intuitivos y referencias de autoridad en su fundamento 50¹⁷, para luego concluir que: “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”.

Para matizar esta argumentación, el TC también apela a la ponderación, al establecer 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

¹⁷ No sin incurrir en una notoria contradicción, el TC establece que: “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).”

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. (Resaltado agregado, Fundamento 83 de la sentencia).

Con estos argumentos, el Tribunal ha convalidado la Ley peruana antitabaco, dejando abierta una discusión a la que desearíamos contribuir con este trabajo, en el que pretendemos abordar, conforme a los lineamientos establecidos, las cuestiones que a continuación se presentan.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

3.1. La “ola mundial” antitabaco y el debate que lo acompaña

La primera cuestión que resulta necesario tomar en cuenta es que las reacciones legislativas contra el tabaco no son recientes ni solo locales¹⁸. En

¹⁸ Solo como referencia, puede verse las legislaciones de algunos países:

COLOMBIA. *Resolución 1956 del Ministerio de la Protección Social* (2008)

“Artículo 2º. Prohíbase fumar en áreas interiores o cerradas de los lugares de trabajo y/o de los lugares públicos.

Solamente se podrán establecer zonas para fumadores en sitios abiertos o al aire libre.

Artículo 3º. Prohíbase fumar en:

a) Las entidades de salud.

b) Las instituciones de educación formal, en sus niveles de educación preescolar, básica y media y no formal que atiendan menores de edad;

c) Los establecimientos en donde se atienden menores de edad;

d) Los medios de transporte de servicio público, oficial y escolar”.

MÉXICO. *Ley General para el Control del Tabaco. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2008*

“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

III. Emplear a menores de edad en actividades de comercio, producción, distribución, suministro y venta de estos productos”.

ESPAÑA. *Ley 42/2010, de 30 de diciembre de 2010, que modifica la Ley 28/2005*

“Artículo 7. Prohibición de fumar.

consecuencia, tampoco lo son los argumentos de quienes se colocan a favor

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.
- b) Centros y dependencias de las Administraciones públicas y entidades de Derecho público.
- c) Centros, servicios o establecimientos sanitarios, así como en los espacios al aire libre o cubiertos, comprendidos en sus recintos.
- 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.

o contra este tipo de medidas. Por lo demás, el debate que suscitan parece reabrir viejas discusiones sobre el lugar de la libertad y la justificación de las intervenciones por parte del poder público en las decisiones de los individuos.

-
- 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, entendiendo 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”.

VENEZUELA. RESOLUCIÓN DEL MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA SALUD N°: 030. 02 DE MARZO DE 2011

“ARTÍCULO 2. Para efectos de la presente resolución se adoptan las siguientes definiciones:

- 1. Humo de Tabaco: Es el humo que se desprende del extremo ardiente de un cigarrillo o de otros productos de tabaco, generalmente en combinación con el humo de tabaco exhalado por el fumador.
- 2. Lugares Públicos: Lugares accesibles al público, independientemente de quien sea su propietario o del derecho de acceso a los mismos.
- 3. Lugar de Trabajo: Todo lugar utilizado por las personas, durante su empleo o trabajo, sea remunerado o no, incluyendo lugares conexos como: pasillos, ascensores, escaleras, vestíbulos, cafeterías, baños, salones, comedores y edificaciones anexas entre otros.
- 4. Áreas Interiores: Es todo espacio cerrado, techado o no, independientemente del material utilizado y de que la estructura sea permanente o temporal.

Artículo 3. Queda prohibido fumar o mantener encendidos productos de tabaco en áreas interiores de los lugares públicos y en los lugares de trabajo, cualquiera sea su uso incluyendo el transporte”.

ARGENTINA. Ley N° 26.687, “Regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco”, promulgada el 13 de junio de 2011.

“Artículo 23. Se prohíbe fumar en:

- a) Lugares de trabajo cerrados protegidos por la ley 19.587 de Higiene y Seguridad del Trabajo.
- b) Lugares cerrados de acceso público.
- c) Centros de enseñanza de cualquier nivel, inclusive instituciones donde se realicen prácticas docentes en cualquiera de sus formas.
- d) Establecimientos de guarda, atención e internación de niños en jardín maternal y de adultos en hogares para ancianos.
- e) Museos y bibliotecas.
- f) Espacios culturales y deportivos, incluyendo aquellos donde se realicen eventos de manera masiva.
- g) Medios de transporte público de pasajeros.
- h) Estaciones terminales de transporte.
- i) Áreas en que el consumo de productos elaborados con tabaco generen un alto riesgo de combustión por la presencia de materiales inflamables, estaciones de expendio

Hay que destacar, además, que en el caso de las restricciones de la libertad de los fumadores, se trata de intervenciones que han sido progresivas y que al parecer se orientan, en perspectiva, a la eliminación de los espacios públicos para fumadores o, en todo caso, hacia la generación de nuevos espacios¹⁹ en los que parecen ocupar un lugar para el debate los “clubes de fumadores”²⁰, que se van convirtiendo en sectas del mal a las que no se puede eliminar sino solo segregar de la sociedad.

Uruguay es el país en la región de Latinoamérica que ha sido pionero en regulación antitabaco, así como también, ahora mismo, es el país con la legislación más estricta en la materia. Su Ley N° 18256 de 10 de marzo de 2008 deja muy pocos lugares en la imaginación del fumador, como los espacios

de combustibles, sitios de almacenamiento de los mismos o materiales explosivos o similares.

j) Cualquier otro espacio cerrado destinado al acceso de público, en forma libre o restringida, paga o gratuita, no incluido en los incisos precedentes.

Las personas no fumadoras tendrán el derecho de exigir al propietario, representante legal, gerente, administrador o responsable a cualquier título del respectivo local o establecimiento, comine al infractor a cesar en su conducta.

Artículo 24. Se exceptúan de la prohibición establecida en el artículo anterior:

a) Los patios, terrazas, balcones y demás áreas al aire libre de los espacios destinados al acceso de público en forma libre o restringida, paga o gratuita, mientras no se trate de establecimientos de atención de la salud o de enseñanza, excluidos los del ámbito universitario.

b) Los lugares de trabajo cerrados privados sin atención al público y sin empleados que cumplan funciones en esa misma dependencia.

c) Los clubes de fumadores de productos elaborados con tabaco o tabaquerías con áreas especiales habilitadas por autoridad competente”.

¹⁹ Las azoteas se van convirtiendo en espacios de fumadores en una interpretación de la ley española que hace alusión como excepción de la restricción a “los espacios al aire libre”. Una nota de la agencia EFE de fecha 18 de marzo de 2011 reportaba como dato que entre el 2 de enero y finales de febrero, el Ayuntamiento de Barcelona habría recibido 567 solicitudes de nuevas licencias para instalar terrazas para atender a los fumadores. Vid. <http://www.lavanguardia.com/vida/20110318/54129685688/la-ley-antitabaco-dispara-las-peticiones-de-terrazas-de-bares-en-barcelona.html>

²⁰ Esta es la secuela que se observa en el caso de la legislación española que en el 2005 había dejado espacios para fumadores incluido los aeropuertos, y ahora en su nueva legislación de finales de 2010, cinco años después, la medida abarca todo tipo de espacios cerrados dejando solo las azoteas para los fumadores al preverse que los hoteles o restaurantes también están prohibidos de tener zonas de fumadores, “salvo en los espacios al aire libre”.

privados o las calles²¹. Esta ley incluye prohibiciones de publicidad drásticas²², estableciendo, además, la obligación de imprimir en los cartones de envase avisos sobre los riesgos de fumar que ocupen “por lo menos el 50% (cincuenta por ciento) de las superficies totales principales expuestas”²³.

Estas decisiones legislativas han merecido recientemente el respaldo de un Tribunal Arbitral del CIADI en un caso contra la República del Uruguay. El Tribunal admite los argumentos de algunos de los *Amicus* que sostenían que:

(...) las medidas uruguayas de control del tabaco son una respuesta razonable y responsable a las estrategias engañosas de publicidad, comercialización y promoción empleadas por la industria tabacalera, están basadas en evidencia y han demostrado ser efectivas en la reducción del consumo de tabaco. (Párrafo 391 de la decisión)²⁴.

Respondiendo a las acusaciones de arbitrariedad de las medidas por parte de las empresas tabacaleras, el Tribunal concluye:

En síntesis, la Regulación del 80/80 fue una medida razonable adoptada de buena fe en aras de implementar una obligación asumida por el Estado en

²¹ Artículo 3. (Protección de espacios).- Prohíbese fumar o mantener encendidos productos de tabaco en:

- A) Espacios cerrados que sean un lugar de uso público.
- B) Espacios cerrados que sean un lugar de trabajo.
- C) Espacios cerrados o abiertos, públicos o privados, que correspondan a dependencias de:
 - i. Establecimientos sanitarios e instituciones del área de la salud de cualquier tipo o naturaleza.
 - ii. Centros de enseñanza e instituciones en las que se realice práctica docente en cualquiera de sus formas.

²² Artículo 7. (Publicidad, promoción y patrocinio).- Prohíbese toda forma de publicidad, promoción y patrocinio de los productos de tabaco por los diversos medios de comunicación: radio, televisión, diarios, vía pública u otros medios impresos. (...)

²³ Artículo 9. (Advertencias sanitarias).- En todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externo de los mismos, deberán figurar advertencias sanitarias e imágenes o pictogramas, que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco u otros mensajes apropiados. Tales advertencias y mensajes deberán ser aprobados por el Ministerio de Salud Pública, serán claros, visibles, legibles y ocuparán por lo menos el 50% (cincuenta por ciento) de las superficies totales principales expuestas. Estas advertencias deberán modificarse periódicamente de acuerdo a lo establecido por la reglamentación.

²⁴ Cfr. Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. (las demandantes) y República Oriental del Uruguay (la Demandada) (Caso CIADI N.º ARB/10/7)

virtud del CMCT. No fue una medida arbitraria, gravemente inequitativa, injusta, discriminatoria, o desproporcionada, y ellos especialmente, si se tiene en cuenta su impacto relativamente menor sobre la actividad comercial de Abal. El Tribunal concluye que su adopción no fue violatoria del Artículo 3(2) del TBI. (Párrafo 420 del Laudo).

El Caso *Morris contra Uruguay* ante el Tribunal del CIADI muestra que se van generando consensos sobre la regulación que limita en grado máximo el comercio de Tabaco y se convierte de este modo en un buen ejemplo de ponderaciones en abstracto que logran establecer una suerte de jerarquía de derechos: por ahora entre los derechos de comercio frente a los derechos y garantías estatales para proteger la salud pública.

No obstante, quedan argumentos que insisten desde la perspectiva liberal económica. Xavier Sala i Martín, un economista catalán, profesor de la Universidad de Columbia en EE. UU., lo ha resumido en forma bastante elocuente para el Diario *La Vanguardia* como reacción a la ley española antitabaco de finales de 2005²⁵:

- a) Respondiendo al argumento sobre la muerte que produce el tabaco, Sala afirma que si bien este es un dato real, no obstante, “también lo es que millones mueren anualmente conduciendo, esquiando o nadando. A algunos incluso los fulmina un rayo mientras pasean por el campo. Todos ellos saben que el riesgo existe y, sin embargo, deciden voluntariamente seguir practicando esas actividades... y a nadie se le ocurre pedir al Congreso de los Diputados que prohíba o limite el uso del automóvil, el esquí, la natación o los paseos por el campo”.
- b) Respecto del coste que representan los fumadores para los no fumadores en su tratamiento médico, su argumento es típicamente el de un economista “desalmado”. Su argumento se resume de este modo: “perder la vida por culpa del humo tiende a ser más *barato* que morirse, más adelante, por otras razones.” Para respaldar esta afirmación presenta dos argumentos, en primer lugar, sostiene, “una de las enfermedades más caras de tratar es el Alzheimer, que en general no aqueja a los fumadores compulsivos porque, a la edad en que éste tiende a aparecer, la mayoría ya ha fallecido. Si a eso le añadimos que los fumadores tienen una esperanza de vida de unos 65 años (la edad de jubilación) y que, por lo tanto, acaban cobrando pocas pensiones a pesar de cotizar toda la vida, llegamos a la conclusión de que los fumadores no sólo no son un coste financiero neto, sino que son una *ganga* para los no fumadores”.

Convencido de la contundencia de su argumento, llega a sostener que: “La absurda ironía es que, si los activistas aplicaran correctamente la lógica

²⁵ Cfr. SALA I MARTÍN, Xavier, “Limitar nuestra libertad”, en *La Vanguardia*, octubre 2015.

económica, no sólo no deberían pedir la prohibición del tabaco, sino que ¡deberían incentivar su consumo!"

Finalmente, con relación a los daños que produce el tabaco en las víctimas pasivas o no fumadores, el economista considera que los estudios no son concluyentes, puesto que, según afirma, para que el tabaco resulte nocivo (produzca cáncer) en los no fumadores "se necesitaría que éste se encerrara en una habitación de diez metros cuadrados sin ventilación... ¡rodeado de 300 señores que fumaran 62 paquetes (repito, paquetes) por hora (insisto, por hora) durante cuarenta años!"

De este modo, concluye que la única razón que quedaría a favor de las leyes antitabaco sería aquella que sostiene que "el humo molesta". Sin embargo, frente a la debilidad de este argumento afirma que los políticos no son los mejores consejeros para prohibir aquello que resulte "molesto".

Como se aprecia, este es el mismo debate que se plantea en la demanda contra la ley que en el Perú estableció, siguiendo una tendencia mundial, la prohibición de fumar "en los espacios públicos cerrados", entendiendo por tales, "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"²⁶.

3.2. Los argumentos contra la Ley

A continuación, examinaremos los argumentos contra la Ley en tres bloques: los derechos invocados, la falta de conexión con un fin constitucionalmente legítimo y la falta de prueba definitiva sobre los efectos del tabaco.

3.2.1. El argumento de la intervención de la libertad

Conforme a lo que señalan los demandantes, la Ley tiene incidencia en los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de empresa y

²⁶ El artículo 3 de la Ley N° 28705, modificado por el artículo 2 de la Ley N.º 29517, y que ha sido cuestionado mediante una demanda de inconstitucionalidad, establece:

"3.1 Prohibese 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 cien 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".

a la libre iniciativa privada. Esto motiva al TC a examinar si el fumar es una conducta comprendida en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, este proceder incentiva una práctica poco saludable para el Estado Constitucional de Derecho: la inflación de derechos. ¿Es constitucionalmente relevante reconocer un “derecho a fumar”?

Desde luego, no se trata de ingresar aquí en las discusiones no resueltas sobre el lugar de la libertad general de acción y su tutela jurídica, sino en todo caso, la cuestión que sí importa para nuestro análisis es el grado de justificación que resulta necesario para una intervención en ese espacio de libertad general que sin duda existe, no como excepción, sino como regla en el Estado Constitucional²⁷. Esto es así no solo porque en un contexto tal, el poder político no puede interferir en las libertades a menos que se trate de la protección de otros derechos de igual relevancia; sino, además, porque en la medida que el sistema jurídico garantiza solo restricciones justificadas a la libertad, puede hablarse de que su tutela en última instancia recae en el principio general de razonabilidad que pasa a convertirse en el megaprincipio del Estado Constitucional.

Se puede hablar entonces de una libertad general garantizada por la razonabilidad, pero también de una libertad ya no general sino jurídicamente garantizada en sentido más estricto. Esto nos conduce al análisis de la estructura de las libertades jurídicamente protegidas. Estas se componen de un titular, de un impedimento y de un objeto de la libertad; mientras que el impedimento se da a través de una norma jurídica, el objeto resulta ser una alternativa de acción o *libertad negativa*, que incluye tanto a la acción como a la no acción²⁸.

La libertad de fumar es una libertad no protegida jurídicamente, en la medida en que hace referencia a la libertad como cláusula general. Las libertades protegidas jurídicamente son la suma de una libertad no protegida y un derecho a algo, ya sea acciones positivas o negativas. Se observa que el fumar en efecto es una libertad, pero no encuentra sustento en un derecho a acciones negativas²⁹.

3.2.2. Autonomía y no interferencia en los planes de vida

La filosofía liberal es la que mayores argumentos proporciona a la hora de defender la libertad y la autonomía como fundamentos contra las interferencias en los planes de vida de los individuos.

²⁷ Cfr. PRIETO, L. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002, p. 88.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 210 y ss.

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*.

En el fundamento de los derechos humanos, Nino identifica tres principios liberales: el principio de inviolabilidad de la persona humana, el de autonomía y el de dignidad humana. Los tres principios tienen algo que ver en el tema materia de este trabajo. El de inviolabilidad sugiere que no se puede compensar el sacrificio de un individuo “objetivando” ventajas para ciertos grupos, en la medida que “las unidades básicas cuyo bienestar debe tenerse en cuenta para justificar instituciones y medidas jurídicas son cada uno de los individuos que integran la sociedad, no alguna entidad supraindividual cuyo florecimiento y prosperidad se tuviera como algo bueno en sí mismo”³⁰.

En su libro *Ética y derechos humanos*, Nino desarrolla mejor esta idea, al afirmar que este principio se encarga de responder a los argumentos utilitaristas o a las propuestas colectivistas que pretenden sacrificar al individuo en función del grupo (p. 150).

Por su parte, el principio de autonomía plantea la neutralidad del Estado respecto de los planes de vida de los individuos. Se opone de este modo a que el Estado pueda “moldear la vida” conforme con alguna creencia o postulado de excelencia que el poder de turno pueda imponer. Con base en el principio de autonomía es que se postula la idea de que los derechos alcanzan sólo hasta donde no interfieran con otros derechos, puesto que, como argumentaba J. Stuart Mill, “(...) tan pronto como cualquier aspecto de la conducta de una persona afecta en forma perjudicial los intereses de otros, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella (...)”.

Finalmente, tenemos el principio de dignidad, que, a decir de Alexy³¹, en Nino supone que las elecciones individuales han de tomarse en serio. En este punto Nino se muestra tributario de la tradición kantiana, al sostener que en la base de la dignidad está la consideración finalista de la persona, la que debe ser tomada en cuenta por sus acciones voluntarias y no por otra condición como la raza, el sexo o su condición social. Así, la dignidad está también en la base de un Derecho Penal que protege acciones voluntarias previamente sancionadas como delitos y no condiciones o suposiciones subjetivas.

A estos tres principios liberales, Nino agregará una suerte de garantía de libertad de acción al enunciar el principio hedonista en su “Ética de los Derechos Humanos”. Según el resumen que hace del mismo Alexy, se trata de un principio incorporado “incidentalmente” por Nino para complementar la relevancia de la autonomía en condiciones de inalterabilidad “natural”, pues viene a sostener que el placer y la ausencia del dolor son “intuitivamente”

³⁰ NINO, C.S. *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, 1983, p. 419.

³¹ ALEXY, R. “La fundamentación de los derechos humanos en Carlos Nino”, en *Doxa* N° 26, Alicante, 2003, p. 183

valiosos en sí mismos y forman, por tanto, un complemento independiente de la autonomía³².

El principio hedonista cobra relevancia en la fundamentación de la autonomía que se ejerce para lograr el simple placer, como puede ser el caso del fumador. De manera que se trataría aquí de una cierta forma de ejercer la autonomía moral para el logro de cierta satisfacción emotiva de la persona.

3.2.3. El argumento de la falta de idoneidad de la Ley

Mientras la autonomía y la libertad se colocan en la fundamentación misma de los derechos humanos y constituyen razones contra toda limitación, existen otros argumentos que intentan situarse en plano más concreto de la propia Ley antitabaco. La falta de idoneidad de la ley hace referencia a un argumento de tipo funcional a la dinámica de los derechos. Toda restricción debe ser justificada y dicha justificación se inicia mostrando que las intervenciones tienen algún propósito loable desde la perspectiva de los derechos. En esta dirección, dos son los problemas que los demandantes invocan para concluir que la medida no es idónea, que pueden ser considerados como de orden normativo y otro de carácter fáctico. El primero está referido a la ausencia de una disposición constitucional que establezca la prohibición del consumo de tabaco. El segundo se vincula a la falta de incidencia de la medida en la realización de la finalidad de proteger la salud de los no fumadores. De lo que se observa que, luego de descartar un posible fin constitucional, la opción de la protección de la salud se reduce a cualificar la salud de los no fumadores.

La ausencia de una disposición constitucional que ampare la prohibición que contiene la ley antitabaco es en realidad un argumento que intenta deslegitimar de entrada la finalidad constitucional de la Ley. No obstante, sin apelar por ahora a los derechos en cuya protección puede luego sustentarse la medida restrictiva, dicha obligación de rango constitucional parece desprenderse del artículo 8 de la Constitución que establece que "El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales". Como señala el TC, los demandantes sobredimensionan la prohibición que impone la Ley, la cual no es absoluta³³, sino relativa a lugares

³² ALEXY, R. "La fundamentación de los derechos humanos...", Ob. cit., p. 195

³³ Como sí ocurre desde el año 1996 en el Condado de Maryland, a las afueras de Washington DC, en donde está prohibido fumar aún en lugares públicos al aire libre, salvo en dos calles que son zonas comerciales. La justificación ética de esta legislación parte de la analogía con la protección de las personas al exigírseles el uso de cinturones de seguridad o cascos, y sostiene que con dicha Ley se pretende persuadir a los fumadores de no fumar mediante una mínima presión normativa. Ver MASON POPE, Thaddeus, "Balancing public health against individual liberty: the ethics of smoking regulatios", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 61, p. 480.

públicos cerrados, a espacios abiertos en centros universitarios, entre otros. Es decir, desde un examen lógico, la Ley cumple formalmente con la disposición constitucional de regular el uso de tóxicos sociales.

En efecto, si el mandato constitucional se analiza en términos formales, la Ley no resulta ser ilógica. De la permisión contenida en la proposición normativa “El Estado (...) regula el uso de los tóxicos sociales”; la regulación de tóxicos sociales se considera como equivalente a que no es obligatorio no regular el consumo del tabaco, o, lo que es lo mismo, que no está prohibida la regulación.

$$Pp = \neg O \neg p = \neg Ph p$$

Esta permisión se vuelve obligatoria por dos factores: el mandato de máxima realización del derecho a la salud y la obligación internacional asumida con el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. De tal forma que la regulación deja de ser facultativa para convertirse en obligatoria, en tanto su omisión está prohibida³⁴. Para decirlo en términos de enunciados constitucionales³⁵: la directriz contenida en el artículo 8 se convierte, por lo menos en principio en sentido estricto, tras observar la obligación del Estado Peruano contenida en convenio de la OMS. Aunque los demandantes ponen en cuestión el rango constitucional de este documento internacional, el TC confirma su estatus como tratado de derechos humanos, en tanto desarrolla el derecho a la salud, postura que institucionaliza los argumentos de los demandados y de los *amici curiae*. Con esto queda prohibida la no regulación del consumo de tóxicos sociales como el tabaco, o lo que es lo mismo, no está permitido el no regular.

$$Op = \neg P \neg p = Ph \neg p$$

Con lo que la afirmación de los demandantes resulta ser contradictoria si invoca el artículo 8 y luego afirma que no hay disposiciones constitucionales que respalden la idoneidad de la ley.

En cuanto al contenido de la regulación del uso de tóxicos sociales como el tabaco, el artículo 8 no dice nada sobre su carácter; sin embargo, el carácter unitario de la Constitución exige que, precisamente por ser tóxicos, la tendencia debe ser el optimizar derechos disminuyendo los efectos tóxicos. Los alcances de este mandato están condicionados a las circunstancias que presenta cada época.

³⁴ ECHAVE, Urquijo y GUIBOURG. *Lógica, proposición y norma*, Editorial Astrea, pp. 134 y ss.

³⁵ Sobre la tipología de enunciados constitucionales, asumo aquí el esquema del Profesor Juan Ruiz Manero en su trabajo: “Una tipología de las normas constitucionales” (Separata).

Cuando los demandantes sustentan que la Ley es inconstitucional porque es una medida que no tiene conexión con algún fin constitucional, toman como punto de partida que dicho fin es la protección de la salud de los no fumadores. Esto les sirve para afirmar que la medida no tiene ninguna incidencia al respecto, pues en lugares para fumadores, donde los trabajadores también lo son, no tienen por qué estar los no fumadores. En efecto, si se considera a la salud de los fumadores como la finalidad de la Ley, fácticamente no se produce una optimización de su derecho a la salud. Sin embargo, este argumento es una de las consecuencias de adoptar una visión no neutral del paternalismo, pues con una calificación peyorativa de este, se descarta todo supuesto en donde se proteja a la persona que es al mismo tiempo quien causa el acto lesivo y quien resulta ser la víctima.

3.3. Los argumentos de la restricción

La sentencia bajo análisis explora varios argumentos a favor de la restricción. No obstante, desde nuestro punto de visto no logra articularlos adecuadamente. Así se observa, por un lado, una invocación del paternalismo, pretendiendo persuadirnos de que la razón de la limitación de la libertad del fumador se sustenta en la protección de la salud del propio fumador. Por otro lado, la sentencia muestra una ponderación de bienes la salud pública por un lado y la libertad del fumador por otro. Conviene pues detenernos a analizar la tipología y la fuerza de estos argumentos.

3.3.1. Argumentos sustantivos

En un aporte importante para el estudio del razonamiento judicial, Summers presenta una tipología de las razones trazando una línea divisoria entre razones sustantivas y razones institucionales o autoritativas. Las *substantive reasons* encuentran su fuerza en las consideraciones morales, económicas, políticas, institucionales o de otras consideraciones sociales³⁶. En el mapa argumentativo que traza Summers, las razones sustantivas se presentan como razones finalistas (*goal reasons*), de corrección (*rightness reasons*) e institucionales (*institutional reasons*). Mientras que las primeras tienen la virtud de predecir la realización del fin de bien social que justifica la decisión, las razones de corrección se sustentan en la adaptación de la decisión a una norma socio-moral de corrección, y las razones institucionales se encuentran vinculadas a una específica función o proceso institucional³⁷.

En el caso de la Ley que prohíbe fumar en espacios públicos cerrados (entre otros lugares), los argumentos que sustentan esta restricción, además de traer

³⁶ SUMMERS, Robert, "Two Types of Substantive Reasons", Ob. cit., p. 716.

³⁷ Ídem, pp. 717-722.

a discusión el paternalismo, se remiten a la consecución de metas trazadas por el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco³⁸. Además, se trataría de una medida orientada a la protección del derecho a la salud.

Como se observa, no hay una distinción tajante entre los tipos de razones sustantivas, más bien concurren simultáneamente razones finalistas y de corrección. Lo importante de la identificación de este tipo de razones es no perder de vista las consideraciones referidas a la consecución del bienestar en el futuro, como ocurre con las razones finalistas³⁹.

No cabe duda de que la invocación de razones sustantivas aporta una fuerza importante a la argumentación en la sentencia. Pero, como ocurre en los conflictos constitucionales, siempre pueden encontrarse razones a favor y en contra de cada punto de vista o posición. En este contexto, los esquemas argumentativos que permiten contrastan más apropiados. El test de proporcionalidad, por ejemplo, tiene la virtud de contribuir al proceso de deliberación, permitiendo que las razones o argumentos sustantivos adquieran un carácter dinámico y contrastante. Conviene, por ello, analizar estos dos esquemas de argumentos: la apelación al paternalismo y el test de proporcionalidad.

3.3.2. Los argumentos del paternalismo

La argumentación que emprende el TC a favor de un paternalismo en supuestos excepcionales se enfrenta a la propuesta de los demandantes, que para negar la vigencia de una medida paternalista, presenta una justificación con la típica estructura de lo que Paulette Dieterlen califica como una crítica del paternalismo desde una postura de *derecha*. La lógica consiste en que la toma de decisiones en beneficio de grupos menos favorecidos –los fumadores, considerados como adictos– genera cargas a los particulares –los empresarios que ponen a disposición del público establecimientos cerrados para fumadores, por ejemplo–, quienes se ven desincentivados de invertir, además de reducirse la productividad en el trabajo⁴⁰.

³⁸ Fundamentos del 64 al 82, en especial, el fundamento 79 y el 82, que resume la argumentación en los siguientes términos: “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.”

³⁹ SUMMERS, Robert. “Two Types of Substantive Reasons”, Ob. cit., p. 718.

⁴⁰ DIETERLEN, “Paternalismo y Estado de bienestar”, *Doxa*, N° 5, 1988, p. 176.

Ante tal invocación, no neutral, sino peyorativa del paternalismo, el TC realiza una interpretación restrictiva, al recurrir al argumento de la disociación⁴¹. Por esta técnica retórica, se distinguen dos elementos confundidos en una misma noción⁴². Con esto, separa la noción de paternalismo, que busca lograr fines benéficos, del perfeccionismo moral, por el que se imponen posturas o juicios de valor adoptados por la autoridad:

Es importante tener en cuenta que una cosa es el paternalismo jurídico, y otra, distinta, el perfeccionismo o moralismo legal. El paternalismo, como se ha dicho, impone la adopción de ciertas conductas por el bien de la propia persona coaccionada, alegando que, en caso contrario, ella se auto-generará de manera cierta o razonablemente cierta, un daño objetivo a sus propios derechos fundamentales, limitando la posibilidad del ejercicio de su autonomía moral. Por el contrario, el moralismo legal o perfeccionismo, coacciona a la persona para que ésta, supuestamente por su propio bien, se adecúe a un concreto ideal de vida o patrón de excelencia humana, que la mayoría social considera moralmente virtuoso⁴³.

Con lo que, hasta este punto, el problema se centra en la justificación de un paternalismo para evitar daños. Los fumadores son el grupo afectado por la medida en tanto su actuar les genera daños a sí mismos. Ya sea por la decisión de fumar por recreación o por la compulsión de la dependencia al tabaco, la libertad ni fundamental ni plenamente ejercida, frente a lo cual, las medidas legislativas como las de la Ley en cuestión buscan generar situaciones de bienestar. Aún en estos términos difusos, puede afirmarse en esta línea que una medida paternalista se estructura en función a una constatación fáctica y a una de carácter ético-normativa: en el plano de los hechos, se verifica una deficiencia en el proceso autónomo de toma de decisiones de la persona, a lo que se le ha denominado *incompetencia básica*⁴⁴; en el plano de lo normativo, las

⁴¹ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, UNAM, México, 1999, p. 43.

⁴² PERELMAN, Chaim y Lucie OLBERCHTS-TYTECA. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Editorial Gredos, Barcelona, p. 628.

⁴³ Fundamento 50.

⁴⁴ Concepto adoptado por Garzón Valdez, que resulta ser necesario en su definición de paternalismo (GARZÓN VALDEZ, ob. cit., p. 170). El problema de esta noción es la dificultad para determinarse los parámetros, tanto conceptuales como empíricos, para considerar a una persona como incompetente básico (ATIENZA, Manuel. "Discutamos sobre paternalismo". En *Doxa*, N° 5, 1988, p. 212). En el *Common Law*, Jeffrie G. Murphy plantea que el paternalismo es la coerción de una persona por lo que se cree que es su propio bien; para lo cual, señala, la persona debe ser juzgada como *incompetente* para tomar determinadas decisiones. Entre las consideraciones para la definición de incompetencia, está tanto el tipo de decisiones como el estado de la persona –si es

falencias del *incompetente básico* son superadas por la voluntad del tercero – el Estado – para procurar la autonomía y la igualdad⁴⁵.

No obstante, cabe preguntarnos si los fumadores pueden ser calificados como *incompetentes básicos*. Los estudios científicos sobre los que el TC⁴⁶ sustenta su decisión coinciden en que el tabaco causa dependencia y adicción en sus consumidores, reduciéndose la autonomía del fumador para decidir fumar o no. Con lo que, en el plano fáctico, es cierto que la nicotina reduce la libertad de los fumadores, al anular o volver remota la alternativa de acción de no fumar.

Aunque los demandantes hayan construido su propio test de proporcionalidad, son patentes los argumentos sustantivos invocados. Estos se pueden agrupar en lo que Husak identifica como los dos criterios a favor de proteger las alternativas de acción: en el primero, se asume que los efectos de una desregulación son mejores que los de la restricción normativa, en consonancia con la negación del paternalismo por parte de Stuart Mill; en el segundo, la premisa es que el principio de autonomía por el que se “protege el derecho a fumar” debe ser defendido⁴⁷. Ambos argumentos parten de verdades dogmáticas a demostrar.

Mientras que el discurso de los demandantes, al descartar toda manifestación paternalista, parte de la idea liberal clásica de la prevalencia de la libertad, el TC opta por una perspectiva más comunitaria, en donde la autonomía moral en el ejercicio de las libertades se conjuga con la garantía del pluralismo, para evitar todo tipo de “tiranía de los valores” de imposición de verdades dogmáticas. La contraposición que identifica el TC es la de la “ética de la duda”, para una constante búsqueda y reexamen de la verdad⁴⁸.

Una caracterización integral del paternalismo podemos encontrarla en la propuesta de Alemany⁴⁹, quien ordena todos los factores relevantes que

ignorante, compulsivo o carente de razón – (MURPHY, Jeffrie G., “Incompetence and paternalism”, *Retribution, justice and therapy: essays in the philosophy of law*, Springer, 1979, pp. 165-167)

⁴⁵ GARZÓN VALDEZ, Ernesto. “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”. En *Doxa*, N° 5, 1988, p. 168.

⁴⁶ Como el *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo* (2009), citado en los fundamentos 86 y 90 de la sentencia. También los estudios hechos en Estados Unidos, Canadá, Australia y Alemania, referidos en FICHTENBERG CM, GLANTZ SA: *Effect of smokefree workplace on smoking behaviour: systematic review*. BMJ (2002), mencionado en el fundamento 87.

⁴⁷ HUSAK, Douglas. “Recreational Drugs and paternalism”. En *Law and philosophy*, vol. 8, N° 3, 1989, p. 363.

⁴⁸ Fundamento 49.

⁴⁹ ALEMANY, Macario. “El concepto y la justificación del paternalismo”. En *Doxa*, N° 28, 2005, pp. 265-303.

diferencian al paternalismo de otros patrones de ejercicio de poder en dos compartimentos: el fin y el modo. El *modo* de operar desde el paternalismo es la coerción, con la cual se interfiere en la libertad. Para distinguirlos de otros tipos de interferencias no legítimas en la autonomía de las personas, Alemany señala: “El paternalismo se diferenciaría de la conducta meramente benevolente porque consiste, según los autores, en coaccionar, interferir con la libertad, faltar al respeto debido, violar la autonomía, engañar, ocultar información, violar normas morales”⁵⁰. Frente a esto, la *finalidad* encamina la acción y la justifica en tanto busca evitar daños, y no, por el contrario, perfeccionar la conducta o la vida de las personas: “Lo que distinguiría al paternalismo de otros ejercicios de poder es que la finalidad del mismo (...) conseguir que B se comporte de manera que se evite daños”⁵¹.

Esta argumentación, en consonancia con la que nos presenta el TC, lleva a admitir medidas paternalistas. El resultado, la identificación de hasta tres supuestos para un paternalismo justificado. Estos se presentan cuando (i) se anula la dignidad en ejercicio de la libertad⁵²; (ii) el grado de realización de un derecho fundamental es mayor al grado de intervención de la libertad⁵³; (iii) se pueda producir un daño objetivo en ejercicio de una manifestación de la voluntad no plena⁵⁴.

Si bien este último supuesto se aproxima a un razonamiento por subsunción, en tanto lo determinante es la potencial generación de un *daño* objetivo (y los vicios de la voluntad) –una definición muy cercana al paternalismo jurídico de Alemany y Garzón Valdez–; en el segundo se identifica claramente a la actividad de la proporcionalidad y la ponderación. El primero aparece como una garantía frente a situaciones extremas, pues resulta ser lo que Laporta califica como “supuestos en que la intervención paternalista es intuitivamente necesaria”⁵⁵.

Se observa, por lo tanto, que la respuesta del TC también adopta argumentos sustantivos, como el de la corrección moral de la vigencia de la autonomía moral y el pluralismo. Sin embargo, luego justifica supuestos de intervención en tanto sean proporcionales. Abordar el problema del consumo de tabaco desde la perspectiva paternalista y emprender una búsqueda de su justificación no proporciona soluciones definitivas, pese a ser esa la vocación de una argumentación con base a razones sustantivas. Asumir la defensa de

⁵⁰ Ídem, p. 268.

⁵¹ Ídem, p. 270.

⁵² Fundamento 51.

⁵³ Fundamento 54.

⁵⁴ Fundamento 56.

⁵⁵ LAPORTA, Francisco. *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México D. F., 1993, p. 54. Referencia bibliográfica citada en el fundamento 50 de la sentencia.

un paternalismo que garantiza la dignidad y, en general, los derechos fundamentales, deja sin resolver la fricción entre la postura *pro libertatis* frente a la que es *pro legislatoris*.

IV. LA PONDERACIÓN DE BIENES

La insuficiencia del paternalismo como argumento en la dinámica del pluralismo de los valores hace necesario ahondar en nuestro análisis de la ponderación de bienes en el presente caso. El modelo de ponderación del derecho constitucional europeo de la segunda mitad del siglo XX contempla una estructura hoy conocida en tres niveles: a) fijación de fines; b) identificación del medio más eficiente (óptimo), que comprende en análisis de idoneidad del medio y de eficiencia o necesidad; y, finalmente, c) la ponderación en sentido estricto.

4.1. Identificación de los fines: ¿Derechos o compromisos internacionales?

Resulta interesante ver cómo en el caso en examen no hay consenso sobre el fin que la medida busca alcanzar. Mientras la argumentación de los demandantes se centra en la falta de proporcionalidad de la medida, al identificar como fin la protección de los no fumadores, la parte demandada asume que la finalidad es la protección de los propios fumadores. A todo esto, el TC orienta su examen de proporcionalidad con base en la finalidad de reducir el consumo de tabaco, obligación internacional asumida por el Estado al estar vinculado al Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco.

Estas discrepancias pueden encuadrarse en dos planos conceptuales: el primero, en cuanto a la titularidad del derecho fundamental que sirve como fin a optimizar; el segundo, en lo referido al carácter normativo, como derecho subjetivo o como obligación estatal⁵⁶. Sin embargo, todas las consideraciones pueden condensarse en una sola. El TC vio esta posibilidad al calificar como *finalidad inmediata* la eliminación progresiva del consumo de tabaco, y como *finalidad mediata* la protección de la salud⁵⁷. Con una visión más articulada de la vinculación entre el medio y el fin, puede considerarse factores cuantitativos, cualitativos y de probabilidad de realización⁵⁸. Un examen exigente de la adecuación del medio al fin requiere que la medida sea la que *más* optimiza, la que *mejor* lo hace y la que tiene *mayores probabilidades* de alcanzar el fin. Este

⁵⁶ En cuanto normas constitucionales, la discusión puede también centrarse en identificar los principios o las directrices en conflicto.

⁵⁷ Fundamento 36.

⁵⁸ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2009.

criterio puede servir como parámetro de máximos, en contraste con la sola verificación del fin constitucionalmente relevante. Este esquema permite ubicar al derecho a la salud no como una finalidad mediata, sino como una razón cualitativa a favor de la conexión entre la finalidad de reducción del tabaco y la medida de prohibición de establecimientos públicos cerrados para fumadores.

Sumado a esto, el que se asuma que gradualmente se disminuya el consumo de tabaco, empezando por disminuirlo con la eliminación de lugares exclusivos para fumadores, es un criterio cuantitativo de obtención del fin. Como argumento de cierre, los estudios científicos que respaldan la premisa sobre los efectos del consumo de tabaco, así como la experiencia comparada sobre los efectos de la legislación antitabaco otorgan seguridad sobre la realización de la finalidad.

4.2. ¿Quién debe demostrar la existencia de medios alternativos?

Entre las posibilidades que contempla quien pide que se deje sin efecto una medida está el que se dicte otra menos perjudicial para los bienes que asume como valiosos. El que quepa la posibilidad de que se adopten medios alternativos igual de adecuados pero menos gravosos compatibiliza tanto el respeto a la voluntad del legislativo como la protección de los derechos fundamentales.

Pero, ¿basta con negar que la medida cuestionada sea la mejor, o que esta representa una intervención excesiva al bien que se invoque? Este es uno de los puntos de conexión entre la teoría de los derechos fundamentales y la de la argumentación jurídica, que demuestra el carácter discursivo y procedimental del test o principio de proporcionalidad, en donde las estructuras de sus subprincipios son llenadas con argumentos que para ser plausibles deben cumplir con presupuestos que posibilitan los procesos de comunicación⁵⁹.

En una discusión crítica racional, las aserciones empleadas deben ser pasibles de justificación. Por eso, una regla general de fundamentación resulta ser el que todo hablante debe fundamentar lo que afirma cuando se le pide que lo haga, salvo que pueda justificar por qué no puede hacer dicha fundamentación⁶⁰. Con lo que, en principio, quien debiera demostrar la existencia de medidas alternativas debiera ser quien lo afirma, es decir, los demandantes. Esta fundamentación no es en estricto la fundamentación de una aserción, sino el contraargumento que exige a quien asume la defensa de

⁵⁹ HABERMAS, "Was ist Universalpragmatik", citado por Alexy. *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 262.

⁶⁰ De las reglas de la razón en la argumentación práctica general. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 271.

la medida que fundamenta la corrección de ésta⁶¹. Es decir, los demandantes problematizan el hecho de que la prohibición sea necesaria, para lo cual ofrece como contraargumento la existencia de medios alternativos, lo cual habilita a la parte demandada a argumentar por qué la medida cuestionable es la única que logra la máxima realización del fin buscado.

El problema del caso examinado, como se ha visto, es que no hay consenso sobre el fin. Por lo que cuando la deliberación concluye con la decisión del TC, lo que en realidad hace es institucionalizar el discurso más plausible. Tanto la parte demandante como la demandada han aportado al proceso argumentos sobre la existencia de medios alternativos o la falta de ellos, respectivamente, pero es el TC el que, al definir el fin constitucional, reconstruye los argumentos para evaluar la necesidad de la medida.

Esto hace cuando, luego de identificar que el fin constitucional es la realización progresiva del mandato de reducción del consumo de tabaco, determina que las medidas alternativas, como la de proporcionar información, no son igual de idóneas, en tanto el tabaco genera una dependencia que disminuye la libertad de decisión del consumidor. Luego de determinar esto, concluye que la afectación de la libertad no es gravosa, ya que “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”⁶². En el caso de las personas que deciden fumar, el TC adopta la definición de bienes primarios y secundarios de Rawls para concluir de la misma manera que la afectación no es grave debido a que “[e]n 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”⁶³. Punto aparte de lo que corresponde abordar en este apartado, cabe enfatizar que esta afirmación categórica resulta ser peligrosa en tanto se aproxima hacia un perfeccionismo moral.

A la invocación de argumentos se suma la demostración de que lo afirmado se corresponde con la realidad. Mientras que el principio de proporcionalidad es un instrumento que ayuda a llegar a una respuesta jurídicamente plausible, la demostración de la veracidad de las situaciones fácticas es determinante para su corrección. Por eso, una interpretación normativa requiere del factor de la veracidad para lograr la justicia de una decisión⁶⁴. Esta veraci-

⁶¹ De las reglas sobre la carga de la argumentación. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 277.

⁶² Fundamento 129.

⁶³ Fundamento 131.

⁶⁴ TARUFFO, Michele. “Consideraciones sobre prueba y motivación”. En TARUFFO, Michele; Perfecto Andrés IBÁÑEZ y Alfonso CANDAU PÉREZ. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 28.

dad de las afirmaciones que componen los argumentos se encuentran en los estudios facilitados por las partes, con lo que la función de los *amici curiae* se hace evidente.

4.3. ¿Se puede pasar al tercer examen (ponderación) ante la imposibilidad de establecer la existencia de medios alternativos o la abundancia de estos?

Como tercer examen, la ponderación se realiza luego de haberse determinado la idoneidad y la necesidad de la medida (fijación de fines y optimización de medios). Al recordar que el test de proporcionalidad es solo una estructura argumentativa que limita la discrecionalidad del órgano decisor, no hay inconvenientes en continuar con el examen de ponderación pese a no haberse superado el de necesidad; por el contrario, redundaría en la justificación y el control de la corrección procedimental del resultado. Así lo han afirmado estudiosos del principio de proporcionalidad como Laura Clérigo, al señalar que “Todo esto se corresponde con un postulado general de la argumentación que, en relación con el examen de proporcionalidad en sentido amplio, dice: deben ser considerados todos los argumentos que como resultado de un examen de proporcionalidad en sentido amplio, pueden servir como justificación de la decisión”⁶⁵.

Esta postura contradice la propia jurisprudencia del TC⁶⁶ peruano que había señalado que el examen de proporcionalidad al estilo alemán debe de hacerse en forma preclusiva, esto es, solo conviene avanzar de la idoneidad a la necesidad si se ha superado previamente el primer test y así sucesivamente. El caso, sin embargo, muestra que si bien no existen suficientes elementos fácticos para establecer en forma concluyente que no existen medios alternativos (al contrario existen todos los intentados previamente por el propio legislador); no obstante, puestos en la balanza de la ponderación, existen suficientes razones a favor de la limitación, con lo que ante una restricción de intensidad que no es grave (no existe una prohibición absoluta al fumador), se logra una alta compensación tanto en el cumplimiento de una obligación internacional del Estado, como en la protección de la salud de los no fumadores.

V. COLOFÓN: ¿ES EL PATERNALISMO COMPATIBLE CON EL CONSTITUCIONALISMO?

Llegados a este punto conviene ir anotando algunas conclusiones. En una misma sentencia, el TC ha procurado compatibilizar la argumentación con base

⁶⁵ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2009, pp.159, 160.

⁶⁶ Cfr. STC 045-2004-2005-AI/TC

en el paternalismo, reforzando luego su argumentación con la estructura de la ponderación; sin embargo, quedan dudas sobre esta convivencia entre las respuestas definitivas con razones sustantivas y las respuestas que se construyen a través de una racionalidad de tipo procedimental.

Las decisiones que pueden ser calificadas como paternalistas no son excepcionales en el ámbito de las políticas de salud. Incluso se ha afirmado que el paternalismo se encuentra escondido bajo posturas en las que centralmente se apela al principio de daño a terceros o de un paternalismo en pro de los incapaces⁶⁷.

La idea del paternalismo no es que resulte incompatible con el constitucionalismo de los derechos, sino en todo caso requiere ser incorporado en la propia dinámica de la argumentación, y ya no puede decirse que es un argumento con “peso propio”. Como ha escrito Isaiah Berlin⁶⁸, “ser privado de mi libertad por mi familia, amigos o conciudadanos es estar efectivamente privado de ella” y esto al margen de las mejores razones que puedan exhibirse para esto. El problema radica en que el Constitucionalismo ha puesto también en la balanza los otros bienes con la misma intensidad en cuanto exigencias, como lo suele hacer la propia autonomía moral y la libertad. De este modo, con frecuencia las exigencias de la plena libertad de unos choca frontalmente con el bienestar mínimo que exigen otros. Aquí radica la relevancia de estrategias argumentativas como el de la ponderación, que responden a esta especial “naturaleza” de las posiciones jurídicas amparadas en los derechos que protege la Constitución.

Por otro lado, no parece convincente que el paternalismo “justificado” dependa de un hipotético consentimiento, pues resulta ser una noción vaga que por lo demás se diluye en el mismo momento en que el fumador declara expresamente su rechazo a toda medida paternalista. La duda de en qué supuestos puede esperarse un consentimiento futuro exige que se reemplace este criterio por uno menos difuso. En realidad, lo que se tiene en mente cuando se espera un hipotético consentimiento es que se admite la razonabilidad de la intervención.

De este modo, sin embargo, el real criterio para determinar que una medida paternalista está justificada es el de la razonabilidad. Por lo que, al eliminarse la noción de *consentimiento* de la definición del paternalismo justificado para colocar en el centro de la discusión a la razonabilidad (y técnicamente, a

⁶⁷ MASON POPE, Thaddeus. “Balancing public health against individual liberty: the ethics of smoking regulatios”. En *University of Pittsburhg Law Review*, vol. 61, p. 477.

⁶⁸ Cfr. BERLIN, I. *Sobre la Libertad*, Edición de Henry Hardy, Alianza, 2004, p. 247.

la proporcionalidad), es fácil concluir que el argumento de la autonomía moral resulta ser un argumento más, pero no uno concluyente⁶⁹.

Quizá por ello, el propio Tribunal parece rendirse en su argumentación, cuando sostiene que “(...) una medida paternalista se encuentra justificada en el Estado Constitucional” en aquellos 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”⁷⁰. No obstante, de este modo, el paternalismo termina finalmente incorporado en la estructura de la ponderación y ya no puede valer como un argumento sustantivo autónomo.



⁶⁹ Husak refiere que “En tanto la noción de consentimiento es omitida como criterio y se vuelve evidente que la atención central está en la razonabilidad de la interferencia, es fácil apreciar que el intento de emplear la noción de autonomía moral como barrera para justificar el paternalismo no tiene éxito” (“Once the notion of consent is omitted from the criteria and it becomes evident that the central focus is on the reasonableness of the interference, it is easier to appreciate that the attempt to employ the notion of moral autonomy as a barrier to justify paternalism is unsuccessful”). Ver HUSAK, Douglas. “Paternalism and Autonomy”. En *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, N° 1, 1981, p. 35.

⁷⁰ Fundamento 60.