

¿Paternalismo o perfeccionismo?

Respecto de lo resuelto en la Sentencia del Tabaco

JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Botones acerca del paternalismo jurídico y el perfeccionismo. III. Sentencia en análisis. IV. Voto singular del magistrado Álvarez Miranda. V. Posición del autor. VI. Conclusiones. VII. Referencia bibliográficas.

I. Introducción

El antecedente que origina el presente trabajo es la Sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad N° 32-2010-PI/TC, conocido como “caso del Tabaco”, en la que se resolvió declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad planteada por 5,000 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⁽¹⁾; sin embargo, no es asunto de interés para nuestros fines la totali-

(*) Docente invitado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

(1) El texto de dicho articulado es el siguiente: “3.1. Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de lugares de trabajo, en 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

dad de la sentencia, sino sólo el extremo referido al tema del paternalismo, como fundamento para alcanzar su resolución.

En la referida sentencia, el acápite §5, que contiene los fundamentos del 43 al 63, analiza si “**Limitar el acto de fumar teniendo como finalidad proteger la salud del propio consumidor de tabaco ¿es una finalidad constitucionalmente válida?**”, asunto que necesariamente lleva a tratar los temas del paternalismo y el perfeccionismo, como justificación y no justificación, según sea el caso, para adoptar la medida de limitar el acto de fumar. Éste particular nos impulsa para ensayar una propuesta, que por lo modesto del trabajo podría resultar osada, en cuanto a las circunstancias en las que podría aplicarse excepcionalmente el paternalismo en los Estados Constitucionalistas, para no correr el riesgo de disfrazar, voluntariamente o no, una medida perfeccionista para presentarla como paternalista.

En ese tenor, el primer acápite del documento discurrirá acerca de algunas cuestiones previas respecto al meollo del asunto, que nos ilustrarán acerca de la periferia del mismo, tales como las generalidades del paternalismo y el perfeccionismo, que también son tratados en la sentencia, de manera correcta, pero que se yerra al momento de aplicar los conceptos; en el segundo acápite, se realizará la descripción de las posturas desplegadas en la referida sentencia y, en particular, del voto singular del magistrado Álvarez Miranda y; en el tercero, nuestra posición particular respecto del tema, lo cual no nos exime de hacerlo de manera paralela en cada uno de los acápites anteriores y, nos aleja, aunque de manera discreta, de la elaboración de un trabajo puramente monográfico que por antonomasia es descriptivo.

II. Botones acerca del paternalismo jurídico y el perfeccionismo

Al revisar los comentarios y tratados acerca del paternalismo jurídico se observa que la gran mayoría han tomado como base para su propio desarrollo los postulados de John Stuart Mill, de quien aprehendimos que el respeto de la

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”.

libertad radica en la limitación del poder (gobierno), teniendo como marco la autonomía de la voluntad, siendo que la única razón por la que el poder puede quebrantar la voluntad particular es bajo el supuesto de que ésta perjudique a los demás, según este pensamiento que se ha convertido en el rector acerca del ejercicio del poder, el mismo que no puede obligar a ningún ciudadano a actuar de determinada manera, justificándose en que dicha actitud redundará en su propio bien, pues se estaría suprimiendo su autonomía.

Dworkin define al paternalismo como “la interferencia de la libertad de acción que se justifica por razones concernientes al bienestar, la felicidad, a las necesidades, a los intereses o valores de la persona o personas coercionadas” (citado por Dieterlen 1988: 181). Asimismo, identifica como elementos del paternalismo a la interferencia en la libertad de acción de una persona, la coerción y la presencia o ausencia de consentimiento (citado por Dieterlen 1988: 181). Entendiendo como interferencia en la libertad de acción de una persona la utilización de ciertas regulaciones a nivel normativo-reglamentario que impedirían la realización de sus planes de vida (Dieterlen 1988: 181); la coerción se da cuando la elección de una persona respecto de cualquier situación está condicionada a una amenaza, es decir, cuando esta elección se determina por el temor a una posible sanción por elegir algo contrario a lo impuesto (Dieterlen 1988: 181), y la presencia o ausencia de consentimiento.

Para la concepción actual de Estado, el aporte de este pensador es el pilar para el desarrollo de los derechos fundamentales de las personas y la protección de su dignidad. Por tanto, debemos tener sumamente claro que lo referido en el párrafo anterior constituye la regla general que debe guiar el actuar de nuestros representantes ostentadores del poder, ya sea legislativo, ejecutivo o judicial, y que si ha de adoptarse una medida que quebrante dicha regla, aquella debe ser cuidadosamente justificada. La lesión que cause en la libertad del grupo o individuo en el que se aplique debe ser apenas imperceptible, y debe tener como vector la protección de su dignidad, pues es posible trasgredir en mínima escala a la dignidad para obtener un mayor grado de protección la misma dignidad.

Al respecto, M. Bayles citado por Ramiro Avilés (2006: 213) señala que existe un línea de demarcación clara entre las normas que prohíben determinadas acciones dañinas a terceros y las disposiciones normativas paternalistas,

debido a que las primeras se rigen por el principio del daño, el cual se aplica cuando una acción “A” causa daño en “B”; y, las segundas se rigen por el paternalismo, que se hace efectivo ante una acción “A” que cause daño en sí mismo.

Consecuentemente, el paternalismo jurídico representa una intromisión del Estado en el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, imponiendo la adopción de ciertas conductas cuya finalidad es la protección de sus propios derechos fundamentales; justificando su intromisión en la posibilidad de que al actuarse de otra forma, el propio ciudadano se autogenerará un daño objetivo.

Por su parte, una política perfeccionista es aquella por medio de la cual en el marco de un sistema imperante, se coacciona a determinado individuo que debiera pertenecer al sistema, para que se adecúe al patrón de excelencia por el cual se rige la mayoría, de manera que sea considerado moralmente virtuoso.

Observamos, entonces, que entre estos dos modelos de intromisión en la individualidad de las personas, uno es más lesivo que el otro, pero ambos significan el detrimento de la libertad personal. En cuanto al paternalismo, el objetivo no es seguir un patrón establecido por un sistema vertical, sino adecuar determinada conducta para que una circunstancia específica no sea lesiva a los derechos fundamentales del individuo que la adopta. En cambio, el perfeccionismo raya con el aleccionamiento de los integrantes del Estado para que adecúen sus comportamientos a lineamientos prestablecidos.

Cabe mencionar que el concepto aquí ventilado de paternalismo, es tal cual se lo entiende actualmente, no olvidemos que en el periodo absolutista de los Estados, las medidas tomadas por el poder podrían ser llamadas paternalistas o perfeccionistas indistintamente; lo mismo que en los Estados socialistas.

Ramiro Avilés (*ibidem*) refiere que el paternalismo jurídico es la intromisión del Estado en la vida de las personas, ya sea mediante políticas públicas o normas jurídicas y que, en su versión negativa, prohíbe la realización de una serie de comportamientos, obstaculiza determinadas acciones, desalienta opciones y desaconseja elecciones.

Según ello, el paternalismo jurídico puede ser asumido por los diversos poderes del Estado y, según cada poder puede ser aplicado de manera

positiva o negativa. En el caso del poder legislativo, se dictan normas que por su propia cualidad son generales y *a priori*, es decir, que se basan en supuestos de hecho que muy posiblemente ocurrirán, como por ejemplo el caso de los artículos 396º y 404º del Código Civil, en los que la finalidad es proteger al menor para que no quede desprotegido del sustento que le brinda la relación paterno-filial, por lo que la medida paternalista que se ha tomado es negativa en el sentido que impide al padre biológico reclamar su paternidad, si es que el esposo de la madre no la ha contestado previamente⁽²⁾.

No creemos posible la aplicación de una medida paternalista positiva en el momento legislativo, debido a que por su carácter intromisivo no es posible justificar su aplicación en supuestos de hecho, cuya posibilidad de realización es más probable que posible. Por ello, la medida está orientada a prevenir-prohibir y no a reparar y, ya que importa una vulneración a la libertad, aunque la finalidad sea positiva, no se puede aseverar lo mismo de la medida.

En el caso jurisdiccional, con excepción del Tribunal Constitucional cuya función es *sui generis*, sí es posible que las medidas a tomar sean positivas, pues pueden ser aplicadas *a posteriori* con la finalidad de reparar un hecho que ha lesionado o está lesionando el derecho de un determinado individuo en un caso específico. Al respecto, Jeffrie Murphy, citado por Ramiro Avilés (2006: 215), refiere que los “... derechos humanos básicos (incluido el derecho de hacer cosas estúpidas y peligrosas si uno lo desea) pueden ser puestos a un lado y la persona incompetente puede ser tratada simplemente como el objeto de las preocupaciones benevolentes de alguien (normalmente el estado)...”. Estas preocupaciones benevolentes estaduales, podrán ser efectivizadas únicamente por acción de las autoridades administrativas o jurisdiccionales, no así por los legisladores.

Lo referido por este pensador se trata de una visión individual, casuística, que no debe ser generalizada. Es aplicable *a posteriori* no *a priori*, cuando el paternalismo está ligado a circunstancias de la vida diaria en las que las personas actúen con total diligencia y aun así corran riesgo de sufrir

(2) Sobre el particular, tenemos una posición bien delimitada respecto a la innecesaridad de esta política paternalista que lejos de proteger el interés superior del niño tiene por finalidad proteger la institución del matrimonio; sin embargo, el detalle al respecto será motivo de otro trabajo, y para el caso de éste, solo se ha pretendido presentar un ejemplo.

detrimento. Puede ser preventivo, pero cuando se trata de circunstancias en las que el actor no es diligente o sufra alguna incapacidad, ya sea por cuestiones innatas, coacción interna o coacción externa, el Estado sólo puede intervenir de manera reparativa.

No es posible adoptar una medida paternalista por las cosas negativas que puedan suceder a las personas por el libre ejercicio, irresponsable, de su autonomía, porque no se tiene la plena certeza de la configuración del daño, lo cual depende del grado de posibilidad que ejerza la acción, la misma que no puede generalizarse.

Es cierto, como dice Francisco Laporta, citado por Ramiro Avilés (2006, 215) que "... existen supuestos en que la intervención paternalista es intuitivamente necesaria...", pero le quita responsabilidad a los representantes en un Estado Constitucional guiarse únicamente por el instinto, sino que debería realizarse, además, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida a tomarse y, más aún, si la justificación de la misma debe llevar consigo un matiz paternalista.

Una medida paternalista debe tener la justificación suficiente, de manera que la limitación de la autonomía individual sea adecuada, habida cuenta de que el presupuesto asumido debe ser que cada persona es suficientemente competente como para ejercitar sus derechos y decidir qué es lo que más le conviene a su proyecto de vida. En ese sentido, ningún estado está facultado para imponer como regla las medidas restrictivas de la autonomía individual, pues se estaría lesionando irremediabilmente la dignidad de las personas y, por lo tanto, tergiversando la finalidad del Estado Constitucional.

Para ello, debe analizarse, en primer momento, si la medida a tomarse es idónea; en segundo lugar, si es necesaria y, si resultase que sí, si es proporcional.

Pero, existen casos en que la medida resulta innecesaria, pues existen otras que pueden satisfacer mejor la consecución del fin y, peor aún, existen casos, como en el de la "Sentencia del Tabaco", en que a pesar de que la medida es necesaria, su justificación no debiere ser paternalista, puesto que existe afectación de terceros y políticas de prevención no paternalistas. Lo cual analizaremos más adelante.

III. Sentencia en análisis

En la referida sentencia, se integra el pensamiento de Stuart Mill, respecto a que el propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente para entrometerse en la autodeterminación de la libertad personal; es decir, los magistrados son conscientes de que principio o regla general es la no limitación de la autonomía individual de las personas y que en un Estado constitucional está proscrita toda forma de paternalismo jurídico, puesto que afecta, según ellos mismos refieren en su fundamento 43, la autonomía moral y la libertad de elección.

Como justificación de la fundamentación paternalista, siguiendo a Dworkin (fundamento 44) señalan que la interferencia en la libertad de acción de las personas está justificada por razones de "... bienestar, bien, felicidad, necesidades, intereses o valores...", por lo que deberían ceñirse a los límites establecidos.

En ese sentido, hacen referencia al artículo 2º, inciso 1º, de la Constitución Política del Perú, que regula el derecho al libre desarrollo de la personalidad; al inciso 4º, que regula la expresión, opinión y difusión del pensamiento; y, al inciso 3º que trata sobre las libertades de conciencia; todos ellos garantizados por el Estado, a menos que afecten los derechos fundamentales de terceras personas; lo cual constituye un límite para la acción estadual y, más todavía, si dicha acción se orienta a imponer una medida paternalista.

Por lo que señalan que, en virtud de ello, un Estado constitucional esencialmente reconoce, incluso, el derecho a equivocarse; lo cual es una posición muy acertada, ya que las equivocaciones son un factor muy importante para la formación de la personalidad en el ser humano; pensamiento acorde con el pluralismo cultural, social, político y económico.

En consecuencia, la aplicación de una medida paternalista, según también afirman, deberá efectuarse única y exclusivamente en circunstancias excepcionales.

Es así que la presente sentencia justifica el paternalismo jurídico en determinadas circunstancias, sin embargo, estas circunstancias no terminan de estar del todo claras, ya que, como se reconoce, ésta "se encuentra justificada

cuando puede determinarse razonable y objetivamente que la persona, que va a ser sujeto de ella, por alguna razón tiene limitada, la libre manifestación de su voluntad, y al restringirse su libertad se evita razonablemente un daño objetivo, grave e irreparable a sus derechos fundamentales” (Fundamento 56 de STC 00032-2010-PI/TC).

Es en este sentido que Garzón Valdéz (1988: 172) nos dice que el paternalismo podría, en determinadas circunstancias, estar justificado, sin embargo, de ningún modo, esta justificación podría sobreponerse a los principios de igualdad y el respeto de la autonomía de la persona, reconociendo asimismo que han existido y existen formas de paternalismo fundamentadas principalmente en el particular punto de vista de la moral positiva de los grupos dominantes, lo cual es llamado en la STC “tiranía de valores”.

Según el fundamento 51 de la Sentencia, “... no es posible que, en ejercicio de su autonomía el hombre anule o renuncie a dicha autonomía...” y “... no cabe negar la dignidad del ser humano en ejercicio de la libertad...”. En ese sentido, en su fundamento 52, hacen referencia al imperativo categórico por el cual el ser humano cuenta con un principio de moralidad por el cual se comprende la protección de su libertad, su dignidad y su libertad.

Por ello, el paternalismo (fundamento 53) se justifica porque es capaz de proteger la dignidad del ser humano en circunstancias en que éste la pone en peligro al momento de ejercer su libertad; de manera que imposibilita, por ejemplo, que una persona haciendo uso de su libertad, celebre un contrato de esclavitud.

Así, según refieren en el fundamento 54, cabe restringir la libertad de los seres humanos en su propio beneficio; siempre y cuando se tenga en cuenta que dicha restricción debe ser en un grado ínfimo y tenga como objetivo evitar la producción de un daño grave e irreparable a los derechos fundamentales de las personas. En cuanto a ello, ¿cómo se debe entender la frase “daño objetivo”?; puesto que si es que se está en el plano legislativo, no es posible hablar de un daño objetivo. Es más, si se trata de una disertación a nivel del Tribunal Constitucional acerca de la inconstitucionalidad de una norma, que por su naturaleza es formal y cuya formulación es anterior a la ocurrencia del hecho, no existe la más mínima posibilidad de hablar de un daño objetivo, por más que se cuente con estadísticas de casos anteriores. Cómo podríamos hablar entonces de necesidad en la aplicación de una

medida paternalista a nivel de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma si a este nivel de análisis todavía no se tiene cuenta de un daño objetivo que afecte grave e irreparablemente los derechos fundamentales de una persona o un grupo de personas; a pesar de ser idóneo el juicio de proporcionalidad para la aplicación de la medida, no puede utilizarse como fundamentación para ello.

Pues, no es lo mismo hablar de una ponderación abstracta del legislador que puede tratar únicamente de posibles o probables supuestos de hecho, que de una ponderación jurisprudencial que está basada en hechos consumados.

Por otro lado, en el fundamento 55 de la sentencia, los magistrados refieren que las medidas paternalistas deben tomar en cuenta las circunstancias particulares del sujeto; es decir, se justifican en los casos en los que el sujeto tiene limitada la libre manifestación de su voluntad y no es capaz de evaluar de forma suficientemente razonable el grave riesgo que importa determinada conducta suya para su propio derecho o, siendo consciente del riesgo, por compulsión externa o interna, no es capaz de actuar con consecuencia para evitarlo.

El primer caso puede estar referido a los supuestos del artículo 43º del Código Civil; y el segundo, a los casos de coacción por parte de autoridades o familiares, y a los casos de consumo de sustancias alucinógenas; sin embargo, en todos aquellos casos, habría de configurarse el hecho para aplicar las medidas paternalistas, pues, no es posible saber si una persona reaccionará negativamente ante los estímulos internos o externos y, si así fuere, deberá tratarse de supuestos en los que comprobadamente existe la posibilidad de reacción negativa. No así, para el caso del consumo de tabaco, puesto que existen consumidores del tabaco que verían limitadas sus posibilidades de fumar en determinados lugares a pesar de que en ellos la nicotina no ejerza efectos negativos, tales como la adicción; lo cual no obsta para que la medida restrictiva sea justificada en la no afectación del derecho de terceros.

En el fundamento 57, los magistrados aseveran que las medidas paternalistas también estarían justificadas cuando las personas adultas que son capaces jurídicamente adopten caracteres que distorsionen su manifestación de voluntad; pero dichas medidas serían informativas acerca de los

riesgos o beneficios de actuar de tal o cual manera ante una determinada situación, lo cual significa una intromisión ínfima en la libertad de las personas que se justifica en la magnitud del beneficio.

De igual forma, si es posible evitar las presiones externas que afecten el libre ejercicio de la voluntad de las personas, las medidas paternalistas a tomarse deberán aplicarse sobre las personas o entes que ejerzan dichas presiones. No así respecto de las personas, pues se lesionaría su libertad por un acto o hecho que no depende de él mismo y que no tenemos la certeza de que vaya a asumir para variar su comportamiento. No es posible entonces hablar de redireccionar una conducta que no sabemos si se va a configurar o no. Diferente es el caso del uso del cinturón de seguridad o de la práctica del parapente, puesto que en estos casos es necesario que primero se configure la conducta de las personas para que exista la posibilidad del riesgo, ante lo cual sí es posible tomar medidas paternalistas de protección.

Por tanto, resultaría sumamente irresponsable, que un hombre de derecho regule tal o cual supuesto jurídico basado en sospechas fundadas de que podría configurarse tal o cual conducta, puesto que el derecho no es una ciencia que esté sujeta al azar.

Ahora bien, resulta entonces que, doctrinal y jurisprudencialmente, el paternalismo jurídico, separado y diferenciado claramente del llamado perfeccionismo, es aceptado en determinadas circunstancias. Lo que cabría aquí es regresar a delimitar en qué supuestos se podría estar hablando de paternalismo jurídico, social y legalmente aceptado, y en qué situaciones este aparente instrumento o medio distorsiona su finalidad y se convierte en un instrumento que atenta contra los derechos fundamentales mencionados en la sentencia referida y los reconocidos por la doctrina.

Es de resaltar que las discusiones aparecidas sobre este tema particular del paternalismo jurídico tienen como punto de partida para el análisis lo dicho por Stuart Mill y citado por el TC⁽³⁾. En función a esto, aparentemente lo que actualmente se conoce como paternalismo jurídico, nace más

(3) Tal es el caso, por ejemplo, de Ernesto Garzón Valdez en su artículo “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, el caso de Miguel Ramiro Avilés en su artículo “A vueltas con el paternalismo jurídico” y/o el caso de Paulette Dieterlen en su artículo “Paternalismo y estado de bienestar”.

orientado a lo que ahora se conoce como perfeccionismo y posteriormente ya, toma una ubicación menos radical y procura otorgarle una óptica más liberal y de respeto a los derechos fundamentales.

Ahora bien, en la discusión respecto del paternalismo, sus efectos, su necesidad y su pertinencia, Paulette Dieterlen (1988: 178) reconoce un riesgo que, a la larga, podría significar, en uno y otro caso, políticamente peligroso, dicho riesgo se da en función de si un estado debe ser paternalista con la consiguiente posible intervención y vulneración de derechos, o incurrir en ineficiencia, al menos respecto de cómo se podría observar por la población una actitud de este tipo, la cual podría incluso tomarse como irresponsabilidad.

Aparentemente, este riesgo y la naturaleza misma del paternalismo, tienen alguna relación con la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales, que según el TC “facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o en su defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales” (Landa 2010: 32). En ese sentido, resulta entonces de vital importancia plantearnos la posibilidad de si el paternalismo jurídico podría justamente garantizar la realización y eficacia plena de nuestros derechos fundamentales por parte del Estado, en cumplimiento estricto de la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales, o si este paternalismo terminaría limitando nuestra libertad y capacidad de disfrutar de derechos como el derecho al libre desarrollo, autodeterminación, entre otros.

Además de lo hasta aquí mencionado, cabe recalcar el alcance que reconoce el TC a la dignidad, en la Sentencia materia de este trabajo, respecto de lo cual cita lo contenido en la Constitución al reconocer esta que la defensa y el respeto de la dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, estableciendo que dicha defensa y respeto se da como consecuencia del previo reconocimiento de su condición de fin en sí mismo (fundamento 53). A pesar de que esta apreciación se da en función de validar cierto nivel de paternalismo jurídico por parte del Estado, el otorgarle este reconocimiento al ser humano como un fin en sí mismo como Kant lo ha dicho, podría, al contrario de lo que pretende el TC, sugerir que el paternalismo en realidad es negativo respecto de los derechos fundamentales que se podrían estar afectando por parte del Estado.

Ahora bien, es cierto que hasta el momento, el análisis de la figura del paternalismo jurídico aparentemente sugeriría que éste es, en todo sentido, un limitante de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La investigación bibliográfica al respecto nos ha sugerido una serie de situaciones y ejemplos en los que el paternalismo no se inmiscuye de manera directa con los derechos al libre desarrollo o el de autodeterminación, más aún, nos propone situaciones en las que por tener una relevancia trascendental en políticas estatales, el paternalismo de pronto no se dibuja como negativo. Tal es el caso, por ejemplo, de la obligación de todos los ciudadanos que constituyen la fuerza laboral formal de nuestro país y que están obligados a depositar cada mes un porcentaje de su remuneración a un sistema de pensiones que le garantice, en un futuro, poder vivir de manera digna, claro está, garantizando también que éste no se convierta en un problema para el Estado, si a cierta edad no podría sostenerse por sí mismo. Este ejemplo nos presenta una imagen en la cual el Estado de manera totalmente paternalista ha incluido en la legislación nacional un instrumento mediante el cual todos los ciudadanos no podrán disponer de un monto de su remuneración, a fin de que ello le sirva en el futuro para poder sostenerse cuando no pueda formar parte ya de la fuerza laboral de nuestro país. ¿Esta obligación vulnera el derecho de autodeterminación de las personas, en función de no poder decidir sobre lo que haremos con la totalidad de nuestra remuneración? Aparentemente sí. ¿Vulnera además el derecho al libre desarrollo de la personalidad?, sí. Sin embargo, no creemos que esta limitación estatal sea de manera alguna perjudicial para los ciudadanos, no nos podríamos oponer a la decisión aparentemente legítima del Estado de tener una política de previsión en materia de pensiones.

IV. Voto singular del magistrado Álvarez Miranda

Una posición interesante respecto del tema es la del magistrado Álvarez Miranda, quien emitió su voto singular en cuanto al caso del tabaco. Él comulga con el fallo obtenido por mayoría, pero sus fundamentos distan de aquéllos, principalmente en lo que al tema del paternalismo jurídico se refiere.

Comienza su argumentación con una definición bastante clara y funcional de la “dignidad del ser humano”. Recalca su calidad de valor supremo que justifica la existencia de los Estados y sus objetivos, su carácter de

basamento esencial de todos los derechos fundamentales y su estatus de valor moral y espiritual inherente a la persona. Todo ello con la finalidad de dejar en claro, que por efecto de su dignidad el ser humano ostenta su capacidad de autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, en ejercicio de su derecho a la libertad, teniendo como único límite la dignidad de los demás.

Su importancia radica en el hecho de que la dignidad es considerada un principio que se aplica en el proceso de aplicación y ejecución de las normas, instituyendo como criterios: el interpretativo; el de determinación del contenido esencial de los derechos y los límites para las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales y; por otro lado, se le reconoce la calidad de derecho fundamental que cuenta con un ámbito de tutela y protección autónomos. Lo cual faculta a las personas para exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales en caso de su vulneración.

En ese camino, si es que se reconoce la dignidad de los seres humanos, como acto seguido se reconoce su libertad y, por tanto, su capacidad de autodeterminación y legitimidad para exigir la protección de dicha capacidad, la misma que puede ser ejercida teniendo como única restricción la libertad y dignidad de los demás. En ese sentido, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, según Álvarez Miranda, tiene una connotación positiva, puesto que el hombre puede hacer todo lo que desee en su vida y con su vida; y una connotación negativa, desde el punto de vista del Estado y la sociedad civil, que no pueden entrometerse indebidamente en la vida del titular del derecho o, que si lo hicieren, no pueden sobrepasar el límite razonable de manera que se preserve el núcleo esencial.

Este magistrado también desarrolla la regla general para que los Estados Constitucionales se vean facultados a intervenir en el derecho a la libre determinación de la personalidad de cada individuo o del grupo en general de manera previa, esto es, siempre que se busque proteger los derechos de los terceros; y, justifica la intervención paternalista solamente en casos excepcionales y siempre y cuando no exista otra fundamentación para alcanzar la finalidad; pero, en el caso de negar la posibilidad de que las personas fumen justificando tal medida en la finalidad de reducir los costos sanitarios que esta acción pueda causar en el futuro, concluye que es “... irrazonable y desproporcional...” (Fundamento 14). Al respecto señala que no es posible

compeler a la población a llevar una vida saludable, pues de esta forma se estaría volviendo a los Estados totalitarios, lo cual es inaceptable debido a que el actual Estado puede rescribir la forma en que las personas deben comportarse con otras personas, pero no cómo se comporta consigo mismo.

Es imposible y utópico pensar que el Estado es capaz de conocer siempre y en todos los casos lo que es mejor para cada uno de sus integrantes, existe una incapacidad material para ello, además que los asuntos de las personas deben ser decididos por las personas y, si ellas incurrieran en algún error, aquello les serviría para su maduración.

Justifica la intervención estatal en estos temas, no desde una óptica paternalista, sino desde un análisis económico, introduciendo la figura de las externalidades, pues los costos que sufren los fumadores pasivos para afrontar una enfermedad provocada por el humo del tabaco son asumidos única y exclusivamente por ellos a pesar de que no han desplegado la conducta que les ha llevado a tal situación. Éste es un daño causado a terceros y es suficiente para justificar la medida restrictiva impuesta en el artículo 3º de la Ley N° 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco–, modificado por el artículo 2º de la Ley N° 29517.

La presente sentencia declara Infundada la demanda de inconstitucionalidad del artículo 3º de la Ley N° 28705, en el sentido de que son constitucionales las medidas adoptadas por el Estado para disminuir el consumo del tabaco. Cabe precisar que la sentencia considera que el paternalismo jurídico se justifica en medidas de salud pública y por los costos mayoritarios que éstos puedan generarle a posteriori, vulnerando la libertad individual de la persona para poder tomar sus propias decisiones.

En tal sentido, no se puede justificar la intervención estatal en medidas que el Estado considera son mejores para la sociedad, vulnerando libertades fundamentales de los ciudadanos que son inherentes a su persona. De ser así estaríamos hablando de un Estado totalitario y autoritario.

La sentencia en comentario pondera supuestamente dos derechos fundamentales de la persona: por un lado, la libre determinación de la persona; y por el otro; el derecho a la salud que tenemos todas las personas, y escoge el menos gravoso para la sociedad, por lo que creo que no se hace una correcta interpretación de la norma, debido a que cada persona es libre de elegir lo que cree es mejor para él, lo cual no sucede en el pa-

ternalismo, ya que al reencaminar esa libertad que el ser humano tiene, lo que se hace es considerar a éste como un ser incapaz de tomar sus propias decisiones, algo que no sucede en los gobiernos democráticos.

V. Posición del autor

Hemos observado, entonces, las situaciones de incertidumbre y excepcionales. Es posible que los Estados Constitucionales intervengan en el libre desarrollo de la personalidad del ser humano, usando medidas paternalistas que buscan reparar una situación lesiva de sus derechos fundamentales o protegerlo de una posible mella en los mismos.

Lo discutible al respecto es establecer cuál es el límite o el umbral que jamás debe ser cruzado ni por el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o por el Poder Judicial al momento de tomar medidas paternalistas. Habida cuenta de que es una regla el hecho de que todas las personas por la misma razón de contar con dignidad, contamos con libertad y la suficiente capacidad para tomar nuestras propias decisiones, ejercitar nuestros derechos y determinar qué es lo que más nos conviene.

Consiguientemente, consideramos que para adoptar una medida paternalista son necesarios dos pasos fundamentales que involucran al juicio de proporcionalidad.

El primer paso fundamental corresponde a la decisión acerca de si debe aplicarse o no la medida al caso concreto.

Para ello, su análisis debe atravesar los tres criterios para considerarla una medida proporcional.

Según esto, para que la medida sea considerada idónea, debe perseguir un fin y ésta la más adecuada para alcanzarlo, lo que en el caso concreto si se cumple, puesto que la prohibición de fumar en lugares cerrados de atención al público y en lugares abiertos dedicados a la educación, es una medida idónea para reducir el consumo de tabaco y proteger la salud de los no fumadores.

Para considerar la medida necesaria, no puede haber otra que sea mejor que la propuesta, lo cual también ocurre en el presente caso, puesto que se ha probado que la medida anterior resultaba insuficiente, porque los espacios para fumadores no eran lo suficientemente efectivos para proteger

la salud de los no fumadores, ya que no existen mecanismos eficientes para evitar que el humo de un espacio se cuele hacia el otro.

Inútil, para nuestro fin, sería la aplicación de la ley de ponderación, las fórmulas de peso y las cargas de la argumentación; puesto que el problema que hemos encontrado no es la medida que ha sido determinada para el caso del tabaco, sino su fundamentación, específicamente fundamentarla o justificarla en un principio paternalista.

Bien se hace en justificar la intervención estadual en la libre determinación de la personalidad de los fumadores que realizan esta práctica en lugares cerrados de atención al público y lugares abiertos de instituciones educativas, porque, es imposible asegurar que estas prácticas, aun si es que los lugares cerrados de atención al público fueran exclusivamente para fumadores y atendidos por personal fumador, y en los lugares abiertos de instituciones educativas sólo haya asistencia de personas mayores; puesto que de todas maneras existiría afectación a la salud de los trabajadores fumadores de los centros cerrados que no podrían fumar en horas de trabajo y que inhalarían el humo del tabaco sin ser ellos los que consumen el cigarro; y, en el caso de las instituciones educativas para mayores de edad, es posible que concurran mayores de edad que se vean incentivados a consumir el producto con mayor frecuencia, observando que sus compañeros lo hacen o incluso se verían afectados por la incomodidad de soportar los olores que se propagan incluso en lugares abiertos si es que se está formando parte de un grupo de personas que departen en campo abierto, es más, siendo el consumo de tabaco una práctica que busca erradicarse por su carácter de epidemia, tal como ha sido declarada.

Pero, desde el punto de vista de la fundamentación, no es posible justificar esta medida por el hecho de proteger la salud de los propios fumadores, ya que éstos consumen el cigarrillo haciendo uso de la libre determinación de su personalidad.

Así, una vez tomada la decisión de aplicar dicha medida restrictiva, dada su idoneidad y necesidad, el segundo paso es tomar la decisión acerca de cuál será su justificación, puesto que es posible que por adecuada que resulte la medida para conseguir la finalidad de evitar el consumo del tabaco, ésta no lo sea tanto para los fines de la protección de los derechos fundamentales.

De acuerdo a ello, podemos aseverar que basta con que la justificación de la medida de prohibir el consumo de tabaco en determinados lugares sea únicamente la protección de la salud de terceros que se vean afectados por el humo del cigarrillo, aun sin consumir el producto, sean o no consumidores habituales y, en el hecho de que si se ejerce en lugares públicos abiertos dedicados a la educación contribuyen a incentivar el consumo, lejos de desincentivarlo, que es la finalidad de las actuales políticas antitabaco.

Pero de ninguna manera la justificación paternalista de que la medida es tomada para proteger la propia salud de los consumidores, puesto que es claramente intromisiva y se corre el riesgo de que se convierta en una fundamentación perfeccionista; por otro lado, sometida al juicio de proporcionalidad no supera el test de idoneidad y el test de necesidad.

En ese tenor, la justificación paternalista no es idónea, porque a pesar de perseguir la finalidad de imponer una medida restrictiva que desincentiva el consumo de tabaco, no es la más adecuada, porque quebranta los principios de un Estado Constitucional; aun con todo ello, es posible que este test se supere por el carácter de excepción del paternalismo.

En cuanto al test de necesidad, definitivamente no es superado por la fundamentación paternalista, debido a que sí existen otras fundamentaciones más adecuadas que justifiquen la aplicación de la medida restrictiva, las cuales han sido explicadas líneas arriba, por lo tanto, el fundamento paternalista ya no es susceptible de pasar al test de ponderación y, claramente se tiene que no debe ser utilizado para justificar que se tome la medida de prohibir el consumo de tabaco en determinados lugares.

VI. Conclusiones

Es adecuado que se tomen las medidas necesarias para erradicar el consumo del tabaco, debido a que esta práctica ha resultado lesiva para la salud y la vida de muchas personas alrededor del mundo y ha sido declarada epidemia mundial.

Las medidas adoptadas por el artículo 3º de la Ley N° 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco–, modificado por el artículo 2º de la Ley N° 29517, son adecuadas para la consecución de la finalidad ya indicadas anteriormente y no constituyen

una vulneración a la libre determinación de la personalidad de los ciudadanos, debido a que ésta no puede ser ejercida afectando los derechos de los terceros que es lo que ocurre en el caso del consumo del tabaco en el que se vulneran los derechos de los fumadores pasivos.

Dicha medida debe ser fundamentada desde el extremo de la protección de los terceros que aspiran el humo del cigarro, a pesar de no estar fumándolo y con la contrariedad que existe en el hecho de fumar en un centro educativo, cuando lo que se busca es desincentivar el consumo del tabaco; justificaciones que son suficientes para declarar infundada la pretensión de inconstitucionalidad de la norma.

Aplicado el test de proporcionalidad, no es posible plantear aplicar una justificación paternalista a la medida adoptada por la referida ley, debido a que existen justificaciones más adecuadas y, ya que es bastante peligroso imponer posiciones paternalistas al libre albedrío de los magistrados, debido a que podría sobrepasarse los límites de dicha posición hasta alcanzar matices de perfeccionismo que está totalmente proscrito para los Estados Constitucionales.

En el presente caso, no es posible justificar la medida de prohibición de fumar con una fundamentación paternalista, por lo que el voto mayoritario en la sentencia en análisis es equivocado.

VII. Referencia bibliográficas

DIETERLEN, P., "El paternalismo y estado de bienestar", en *Doxa* N° 5, 1988, pp. 175-194. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_09.pdf (consultado el 30 de enero de 2012).

GARZÓN VALDEZ, E. 1988. "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", en *Doxa* N° 5, 1988, pp. 155-174. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_08.pdf (consultado el 30 de enero de 2012).

LANDA ARROYO, C., *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra editores, 2010.

RAMIRO AVILÉS, M., "A vueltas con el paternalismo jurídico", en *Derechos y libertades*, número 15, época II, junio 2006, pp. 211-256.

Interpretación testamentaria una propuesta metodológica de iter hermenéutico sucesoral

REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAR (*) (**)

"La mejor perfección en la interpretación consiste en comprender a un autor mejor de lo que él mismo podría dar cuenta de sí mismo"

Friedrich Schleiermacher

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El testamento como objeto interpretativo. 3. Los principios hermenéuticos aplicables al testamento. 3.1. Principio del círculo hermenéutico. 3.2. Principio de equiparación o identificación con el autor. 3.3. Principio de primacía de la voluntad interna. 3.4. Principio *in favor testamenti*. 3.5. Principio de preferencia a la sucesión intestada. 3.6. Principio de la interpretación restrictiva de las liberalidades. 3.7. Principio de preferencia hermenéutica equitativa. 4. Momentos hermenéuticos del testamento. 4.1. I momento: preámbulo. 4.2. II momento: determinación del objeto a interpretar. 4.3. III momento: análisis del texto testamentario. 4.4. IV momento: análisis del contexto en el que se faccionó el testamento. 4.5. V momento: determinación de la *voluntas defuncti*. 4.6. VI momento: integración y recomposición de la *voluntas defuncti*. 4.7. VII momento: proyección jurídica del testamento. 5. La re-

(*) Doctor en Derecho. Docente de la Universidad Nacional de Cajamarca.

(**) Con infinita gratitud a la Promoción XIX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca – Grupo A.