



**UNIVERSIDAD  
DEL PACÍFICO**

**Derecho**  
Facultad de Derecho

**INFORME DEL EXPEDIENTE 200-2011/CEB-INDECOPI.  
DENUNCIA CONTRA UNA ORDENANZA MUNICIPAL  
QUE REGULA Y PROHIBE EL CONSUMO DE TABACO  
EN ESPACIOS PÚBLICOS CERRADOS POR  
CONFIGURAR UNA BARRERA BUROCRÁTICAL  
ILEGAL Y CARENTE DE RAZONABILIDAD**

**Trabajo de Suficiencia Profesional  
presentado para optar al Título Profesional de  
Abogado**

**Presentado por  
Dora María Escudero Gómez**

**Lima, junio 2025**

# REPORTE DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA ANTIPLAGIO

## FACULTAD DE DERECHO

A través del presente documento la Facultad de Derecho deja constancia de que el Trabajo de Suficiencia Profesional “INFORME DEL EXPEDIENTE 200-2011/CEB-INDECOPI. DENUNCIA CONTRA UNA ORDENANZA MUNICIPAL QUE REGULA Y PROHIBE EL CONSUMO DE TABACO EN ESPACIOS PÚBLICOS CERRADOS POR CONFIGURAR UNA BARRERA BUROCRÁTICAL ILEGAL Y CARENTE DE RAZONABILIDAD” presentada por la Srta. Dora María Escudero Gómez, con DNI 70470186, para optar el Título Profesional de Abogado, fue sometido al análisis del sistema antiplagio Turnitin el 20 de junio del año 2025; obteniendo el siguiente resultado:

### 20% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para ca...

#### Filtrado desde el informe

- Bibliografía
- Texto citado

#### Fuentes principales

- 19% Fuentes de Internet
- 7% Publicaciones
- 8% Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

#### Marcas de integridad

N.º de alerta de integridad para revisión

- Texto oculto  
139 caracteres sospechosos en N.º de páginas  
El texto es alterado para mezclarse con el fondo blanco del documento.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo. Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.

#### Fuentes principales

Las fuentes con el mayor número de coincidencias dentro de la entrega. Las fuentes superpuestas no se mostrarán.

1	Internet	hdl.handle.net	8%
2	Internet	www.indecopi.gob.pe	2%
3	Trabajos del estudiante	Pontificia Universidad Catolica del Peru	<1%
4	Internet	img.lpderecho.pe	<1%
5	Internet	jurisprudenciaaudio.webnode.es	<1%
6	Internet	documentop.com	<1%
7	Internet	idoc.pub	<1%
8	Internet	qdoc.tips	<1%
9	Internet	docplayer.es	<1%
10	Trabajos del estudiante	Universidad Católica San Pablo	<1%
11	Internet	cdn.www.gob.pe	<1%

## Detalles del documento

Identificador de la entrega

trn:oid:::1:3281296707

Fecha de entrega

20 jun 2025, 3:07 p.m. GMT-5

Fecha de descarga

20 jun 2025, 3:17 p.m. GMT-5

Nombre de archivo

Informe\_Expediente\_200-2011\_CEB\_Dora\_Escudero.pdf

Tamaño de archivo

1.2 MB

74 Páginas

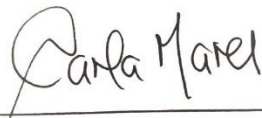
36.668 Palabras

198.045 Caracteres

De acuerdo con la política vigente, el porcentaje obtenido de similitud con otras fuentes está dentro de los márgenes permitidos.

Se emite el presente documento para los fines estipulados en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad al que pertenece el interesado.

Lima, 20 de junio de 2025



Carla Mares

Decana de la Facultad de Derecho

## ÍNDICE

<b>ÍNDICE DE ANEXOS.....</b>	<b>iv</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>I. DATOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>2</b>
<b>II. HECHOS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO....</b>	<b>2</b>
<b>II. 1. Primera instancia administrativa.....</b>	<b>2</b>
II.1.1 Posición de las Denunciantes	
II.1.2 Posición de la denunciada	
II.1.3 Posición del tercero administrado (MINSa)	
II.1.4 Decisión de la Comisión	
<b>II. 2. Segunda instancia administrativa.....</b>	<b>10</b>
II.2.1 Posición de la Municipalidad	
II.2.2 Posición del tercero administrado (MINSa)	
II.2.3 Posición de las Denunciantes	
II.2.4 Decisión de la Sala	
II.2.5 Voto en discordia de la vocal Silvia Hooker	
<b>III. PROBLEMAS JURÍDICOS RELEVANTES.....</b>	<b>14</b>
<b>III.1 ¿La prohibición de fumar en “espacios públicos cerrados” bajo la definición de la Ordenanza 349-MM constituye una barrera burocrática ilegal por falta de competencias y/o potestades normativas de la Municipalidad?.....</b>	<b>14</b>
III.1.1 Según el marco normativo aplicable, ¿las municipalidades distritales cuentan con facultades normativas en materia de salud pública o ambiental?	
III.1.2 ¿La Ley Antitabaco otorgó facultades normativas a las municipalidades distritales en materia de salud y salubridad y/o ambiental?	
III.1.3 ¿La Municipalidad tenía competencia para desarrollar la definición de "espacio público cerrado" establecido en la Ley Antitabaco?	
<b>III.2 ¿La prohibición de fumar en “espacios públicos cerrados” bajo la definición de la Ordenanza 349-MM es contraria a la definición contenida en la Ley Antitabaco?.....</b>	<b>26</b>
III.2.1 ¿Cuál es el concepto de “espacio público cerrado” según la Ley Antitabaco?	
III.2.2 ¿La definición de “espacio público cerrado” establecida en la Ordenanza 349-MM contraviene el marco normativo?	

<b>III.3 ¿Las Directrices del Convenio Marco debieron ser considerados en el análisis de legalidad de la medida efectuado por la Sala?.....</b>	
III.3.1 ¿Cuál es la obligatoriedad del Convenio Marco y sus directrices?	
III.3.2 ¿Qué parámetros debe considerar el INDECOPI al realizar el análisis de legalidad de una barrera burocrática?	
<b>III.4 ¿La prohibición de fumar en “espacios públicos cerrados” bajo la definición de la Ordenanza 349-MM constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad?.....</b>	<b>57</b>
III.4.1 ¿La Sala debió evaluar la razonabilidad de las medidas denunciadas?	
III.4.2 ¿La medida cuestionada era carente de razonabilidad?	
<b>IV. CONCLUSIONES.....</b>	<b>65</b>
<b>V. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>67</b>
<b>VI. ANEXOS.....</b>	<b>70</b>

## ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo	Contenido
<b>Anexo 1</b>	Ordenanza Municipal No. 349-MM de la Municipalidad Distrital de Miraflores
<b>Anexo 2</b>	Denuncia de United Disco S.A. y Gothic Entertainment S.A de fecha 25 de noviembre de 2011.
<b>Anexo 3</b>	Carta No. 0442-2011/INDECOPI-CEB de fecha 22 de diciembre de 2011 mediante se requirió precisar las barreras burocráticas cuestionada.
<b>Anexo 4</b>	Escrito de fecha 27 de diciembre de 2011, mediante el cual las Denunciantes cumplieron el requerimiento.
<b>Anexo 5</b>	Resolución No. 009-2011/STCE-INDECOPI de fecha 3 de enero de 2012, mediante la cual la denuncia fue admitida a trámite.
<b>Anexo 6</b>	Escrito de descargos de la Municipalidad Distrital de Miraflores de fecha 11 de enero de 2012
<b>Anexo 7</b>	Escrito de ampliación de argumentos de fecha 17 de enero de 2012 presentado por las Denunciantes.
<b>Anexo 8</b>	Escrito de la Municipalidad Distrital de Miraflores de fecha 30 de enero de 2012.
<b>Anexo 9</b>	Escrito de absolución de descargos presentado por las Denunciantes con fecha 8 de febrero de 2012.
<b>Anexo 10</b>	Resolución No. 0057-2012/CEB-INDECOPI de fecha 1 de marzo de 2012, mediante la cual se incorporar al Ministerio de Salud al procedimiento.
<b>Anexo 11</b>	Escrito de apersonamiento del Ministerio de Salud de fecha 12 de marzo de 2012.
<b>Anexo 12</b>	Oficio No. 0144-2012/INDECOPI-CEB mediante el cual la Secretaría Técnica responde al apersonamiento del Ministerio de Salud.
<b>Anexo 13</b>	Escrito del Ministerio de Salud de fecha 26 de marzo de 2012.
<b>Anexo 14</b>	Resolución No. 0121-2012/CEB.INDECOPI de fecha 17 de mayo de 2012 que declaró fundada la denuncia.
<b>Anexo 15</b>	Recurso de Apelación interpuesto por el Ministerio de Salud el 25 de mayo de 2012.
<b>Anexo 16</b>	Recurso de Apelación interpuesto por la Municipalidad Distrital de Miraflores el 28 de mayo de 2012.
<b>Anexo 17</b>	Resolución No. 0174-2012/STCEB-INDECOPI de fecha 11 de junio de 2012, mediante la cual la Comisión concedió los recursos de apelación y los elevo a segunda instancia.
<b>Anexo 18</b>	Escrito de fecha 13 de septiembre de 2012, mediante el cual las Denunciantes contestaron las apelaciones interpuestas por el Ministerio de Salud y la Municipalidad Distrital de Miraflores.
<b>Anexo 19</b>	Escrito de ampliación de argumentos de fecha 18 de septiembre de 2012 presentado por el Ministerio de Salud.
<b>Anexo 20</b>	Escrito de ampliación de argumentos de fecha 23 de enero de 2013 presentado por las Denunciantes.
<b>Anexo 21</b>	Resolución No. 0199-2013/SDC-INDECOPI mediante la cual la Sala Especializada en Defensa de la Competencia revocó la decisión de primera instancia y el voto en discordia de la Vicepresidenta Silvia Hooker.
<b>Anexo 22</b>	Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).

<b>Anexo 23</b>	Reglamento de la Ley No. 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco - Decreto Supremo No. 015-2008-SA
<b>Anexo 24</b>	Ley Orgánica de Municipalidades, (2003).
<b>Anexo 25</b>	Ley General de Salud, (1997).

## INTRODUCCIÓN

El presente informe aborda el procedimiento administrativo iniciado tras la denuncia interpuesta por las empresas United Disco y Gothic Entertainment en contra de determinadas medidas contenidas en la Ordenanza Municipal No. 349-MM emitida por la Municipalidad Distrital de Miraflores que establecían la prohibición de fumar en “espacios públicos cerrados” bajo la definición prevista en la mencionada Ordenanza Municipal.

En el procedimiento seguido ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOP, los Denunciantes señalaron que las medidas denunciadas constituían una barrera burocrática ilegal pues la Municipalidad Distrital de Miraflores (i) no contaba con competencias para regular la definición de “espacios públicos cerrados” en dicha Ordenanza Municipal y que, aun en ese supuesto, (ii) la definición planteada era contraria al marco legal aplicable.

Por su lado, la Municipalidad Distrital de Miraflores, en su calidad de denunciada, y el Ministerio de Salud, como tercero administrado incorporado al procedimiento, sostuvieron ante INDECOP que la entidad municipal sí contaba con facultades legales para regular dicha definición.

Finalmente, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas y la Sala de Defensa de la Competencia, en primera y segunda instancia respectivamente, se pronunciaron sobre el fondo de la controversia. La primera instancia resolvió declarar fundada la denuncia al considerar que la Municipalidad Distrital de Miraflores no contaba con competencias legales para regular la mencionada definición. No obstante, en segunda instancia dicha decisión fue revocada por la Sala tras determinar que la definición de “espacios públicos cerrados” emitida por el MINSA y replicada por la Municipalidad Distrital de Miraflores no era contraria al marco legal aplicable.

## I. DATOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Expediente : 200-2011/CEB  
Denunciante : United Disco S.A. y Gothic Entertainment S.A  
Denunciado : Municipalidad Distrital de Miraflores  
Tercero administrado : Ministerio de Salud  
Materia : Barreras Burocráticas

## II. HECHOS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### II.2 Primera instancia administrativa

1. Con fecha 25 de noviembre de 2011, United Disco S.A. ("United Disco") y Gothic Entertainment S.A. ("Gothic") (las "Denunciantes") interpusieron una denuncia en contra de la Municipalidad Distrital de Miraflores (la "Municipalidad") ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI (la "Comisión") por la emisión de las siguientes barreras burocráticas supuestamente ilegales y/o carentes de razonabilidad contenidas en el "Régimen de Prevención y Control del Consumo de Tabaco y la Exposición al Humo de Tabaco en el Distrito de Miraflores" aprobado por Ordenanza Municipal No. 349-MM<sup>1</sup> ("Ordenanza 349-MM").:

*"Artículo segundo.- De las definiciones (...)*

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

*(...)*

*Artículo Tercero.- De las prohibiciones destinadas a la protección contra la exposición al humo de tabaco.*

*Se encuentra prohibido fumar y mantener encendidos productos de tabaco:*

*(...) c) En todos los interiores de los espacios públicos cerrados, entendidos como cualquier lugar cubierto por un techo y que tenga más de una pared, independientemente del material utilizado de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente, según definición." (Municipalidad Distrital de Miraflores. (2011). Ordenanza 349-MM)*

2. En su escrito de denuncia, las Denunciantes solicitaron como Pretensión Principal que la Comisión declare la inaplicación de las barreras burocráticas cuestionadas y que, adicionalmente, se disponga su inaplicación aun cuando dichas medidas se encontrasen en nuevos cuerpos normativos que materialmente impongan las mismas exigencias y prohibiciones.
3. Asimismo, las Denunciantes plantearon como Pretensiones Accesorias (i) que se notifique la denuncia a la Municipalidad a fin de modifique o derogue las exigencias y prohibiciones cuestionadas, (ii) que se sancione en caso se incumpla lo que disponga la Comisión, y (iii) que se ordene que la Secretaría Técnica de la Comisión supervise el mercado de distribución, comercialización y consumo de cigarrillos.

---

<sup>1</sup> Según el escrito de Denuncia, las barreras burocráticas cuestionadas estaban contenidas en las exigencias y prohibiciones previstas en los artículos 2 y 3 de la Ordenanza No. 349-MM. No obstante, mediante Escrito No. 2 del 27 de diciembre de 2011, a requerimiento de la Comisión, las Denunciantes precisaron que las barreras burocráticas denunciadas estaban contempladas en el párrafo tercero del artículo 2 y el literal c) del artículo 3 de la Ordenanza 349-MM.

## II.2.1 Posición de las Denunciantes

4. Los argumentos utilizados por las Denunciantes fueron los siguientes<sup>2</sup>:
- **Sobre los efectos de la medida cuestionada**
5. Según las Denunciantes, la prohibición en cuestión afecta injustificadamente su derecho a la libre empresa dificultando su permanencia en el mercado en la medida que el giro de negocios de sus establecimientos (discotecas Gótica y Aura) se centra en el entretenimiento de personas mayores de dieciocho (18) años, ofreciendo espacios donde sus clientes pueden bailar, ingerir bebidas alcohólicas y fumar tabaco.
- **Sobre las competencias de la Municipalidad en materia de salud**
6. De acuerdo con los artículos 18 y 19 de la Ley No. 28705, Ley General para la Prevención y control de los Riesgos del Consumo de Tabaco (la "Ley Antitabaco"), modificada por la Ley No. 29517, las municipalidades y otras autoridades son las encargadas de vigilar el cumplimiento de las restricciones legales impuestas al mercado de cigarros:

### ***"Artículo 18.- De la vigilancia y cumplimiento de la Ley***

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

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

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

7. Lo anterior es concordante con los artículos 124 y 125 de la Ley No. 26842, Ley General de Salud (la "LGS")<sup>3</sup> donde se dispone que, si bien las municipalidades poseen competencias en materia de salud, esta se limita a la prevención y control en materias de su competencia:

*"Artículo 124.- En aplicación y cumplimiento de las normas de salud que dicta la Autoridad de Salud de nivel nacional, los órganos desconcentrados o descentralizadas quedan facultados para disponer, dentro de su ámbito, medidas de prevención y control de carácter general o particular en las materias de su competencia.*

---

<sup>2</sup> Los fundamentos expuestos por la Denunciante en el Escrito No. 1 fueron complementados por el Escrito No. 4 del 27 de diciembre de 2011.

<sup>3</sup> **Ley General de Salud, (1997).**

*Artículo 125.- El ejercicio descentralizado de competencias de control en materias de salud, no supone, en ningún caso, el ejercicio de competencia normativa, salvo estipulación en contrario de la propia ley. La delegación de competencias de control en materia de salud no supone, en ningún caso, la delegación de facultades normativas”*

8. Supletoriamente, el literal 3.4 del artículo 80 de la Ley No. 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (la “LOM”) dispone que las municipalidades son competentes para *“Fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.”*
9. De acuerdo con lo anterior, la Municipalidad únicamente tiene competencias para fiscalizar el cumplimiento de las regulaciones impuestas en la Ley Antitabaco y otras medidas en materia de salud y medio ambiente. No obstante, en ninguno de los cuerpos normativos citados se otorgan facultades normativas sobre esta materia a las municipalidades distritales.
10. Por tanto, desde una interpretación sistemática de las referidas disposiciones, se advierte que la Municipalidad no tiene competencias normativas para establecer restricciones a la comercialización y consumo de productos de tabaco y, por ende, para establecer una definición sobre qué se debe considerar como “espacio público cerrado” en el marco de la Ley Antitabaco. Esto es, en qué espacios está permitido o no el consumo de tabaco.
11. Respecto a la aplicación de la LOM, si bien el numeral 3.2 del artículo 80 de dicha norma establece que las municipalidades cuentan con facultades para *“regular”* y *“controlar aspectos de salud y salubridad”*, esta disposición es aplicable pues corresponde la aplicación de las normas especiales sobre control y erradicación del consumo de tabaco sobre las normas generales sobre competencias de las municipalidades. En efecto, la Ley Antitabaco -norma especial- ya ha dispuesto que las competencias de las municipalidades distritales se limitan a la fiscalización del cumplimiento de dicha regulación pero no le otorga facultades normativas.
12. Por tanto, las exigencias y restricciones contenidas en la Ordenanza 349-MM son ilegales por exceder las competencias otorgadas a la Municipalidad conforme al marco legal aplicable.
  - **Sobre la definición de “espacio público cerrado” de la Ordenanza 349-MM**
13. Según el artículo 3 de la Ley Antitabaco, la prohibición de fumar tabaco en establecimientos incluye a los “espacios públicos cerrados” entendidos como *“todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes”*. No obstante, en el artículo 3 de la Ordenanza 349-MM, la Municipalidad definió como “espacios públicos cerrados” a *“cualquier lugar cubierto por un techo y que tenga más de una pared”*.
14. En esa línea, las Denunciantes sostuvieron que la Ordenanza 349-MM contraviene la Ley Antitabaco pues la definición establecida por la Municipalidad resulta más restrictiva que la dispuesta por la norma legal al ampliar los lugares donde está prohibido para fumar tabaco incluyendo aquellos ambientes que no se encuentran cerrados entre paredes, lo que desnaturaliza el contenido de la Ley.
15. De otro lado, respecto a la intención del legislador al establecer la definición de “espacio público cerrado”, las Denunciantes resaltaron que los antecedentes de la Ley Antitabaco

demuestran que el legislador previó la posibilidad de que existan espacios públicos abiertos (fuera de la definición de espacios públicos cerrados) donde sí era posible fumar.

16. En efecto, según el diario de debates del Congreso de la República sobre la Ley Antitabaco, el legislador decidió dejar abierta la posibilidad de mantener lugares abiertos dentro de los locales donde sí sería posible fumar<sup>4</sup>. Esto además fue reflejado en los Dictámenes emitidos por la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso (la “Comisión de Consumidor”)<sup>5</sup>.
17. Además, los Denunciantes señalaron que el hecho de que la definición de “espacio público cerrado” de la Municipalidad sea una réplica de la definición del Ministerio de Salud (“MINSA”) incluida en el Decreto Supremo No. 015-2008-SA mediante el cual se aprobó el Reglamento de la Ley Antitabaco (“Reglamento de la Ley Antitabaco”), ello no significa que la disposición municipal sea legal.
18. Sobre este punto, las Denunciantes resaltaron que, conforme al Principio de Jerarquía Normativa, una norma reglamentaria no podía modificar una norma con rango legal, es decir, el Reglamento de la Ley Antitabaco no puede modificar el contenido de la Ley Antitabaco. Por lo tanto, según las Denunciantes, si la definición de “espacio público cerrado” de la Ley Antitabaco difiere de la definición señalada en su Reglamento, se deberá preferir el concepto desarrollado en la norma con rango legal.

- **Sobre la carencia de razonabilidad de la medida**

19. Respecto a la carencia de razonabilidad, las Denunciantes señalaron que la Municipalidad ha considerado como “cerradas” a zonas de las discotecas Gótica y Aura (propiedad de las Denunciantes) que no están encerradas entre paredes y que serían evidentemente abiertas según la definición de la Ley Antitabaco<sup>6</sup>. En ese sentido, la medida sería irrazonable porque para la Municipalidad, a pesar de lo que dice la Ley Antitabaco, abierto equivale a cerrado.
20. Mediante Resolución No. 009-2001/STCEB-INDECOPI del 3 de enero de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión decidió admitir a trámite la denuncia presentada por las Denunciantes.

## **II.2.2 Posición de la denunciada**

21. Con fecha 11 de enero de 2012, la Municipalidad presentó sus descargos a la denuncia<sup>7</sup> y alegó lo siguiente:

---

<sup>4</sup> En el debate del Pleno del 26 de mayo de 2009 sobre los proyectos de Ley No. 2996/2008-CR y 3008/2008-CR, que buscaban modificar la Ley Antitabaco, el congresista Rebaza Martell señaló lo siguiente:

“El señor Rebaza Martell (PAP).- (...) podemos avanzar si es que se prohíbe fumar en los ambientes cerrados y en los ambientes de uso común, como se está planteando en el dictamen del proyecto de ley. En los ámbitos abiertos de un hotel, de un hospedaje, de otros centros de entretenimiento definitivamente, **yo creo que ahí podrán fumar, no hay ningún problema.** (...) Yo creo que hay consenso en el sentido de que en los centros de entretenimiento y en las áreas cerradas y las de uso común está prohibido, pero **en las áreas que son libre no hay ninguna razón para prohibir.**” [Énfasis agregado].

<sup>5</sup> En el Dictamen de la Comisión de Consumidor de fecha 11 de junio de 2009, se señaló que la prohibición solo abarcaría espacios cerrados o interiores:

“C.- SOBRE LA PROHIBICIÓN DE FUMAR EN ESPACIOS PÚBLICOS.

(...) 6. La nota común en estos casos es que la prohibición de fumar se extiende a los espacios cerrados o interiores de los lugares de trabajo o centros de entretenimiento, y en el último supuesto abarcaría a los espacios comunes como corredores, pasillos, escaleras, entre otros”.

<sup>6</sup> En su escrito No. 3 de fecha 17 de enero de 2012, las Denunciantes adjuntaron fotografías de las terrazas de las discotecas Gótica y Aura donde se apreciaría que se tratan de espacios abiertos donde no debería ser aplicable la prohibición.

<sup>7</sup> Los argumentos de la Municipalidad fueron complementados mediante el Escrito de fecha 30 de enero de 2012.

- **Sobre las competencias de la Municipalidad en materia de salud**

22. Según la Municipalidad, las exigencias y prohibiciones establecidas en la Ordenanza 349-MM fueron emitidas de acuerdo con el marco legal aplicable y, por tanto, no califican como barreras burocráticas ilegales.
23. Conforme a lo señalado por la Denunciada, de una interpretación amplia del numeral 3.2 del artículo 80 de la LOM y del artículo 42 del Reglamento de la Ley Antitabaco<sup>8</sup>, la Municipalidad posee facultades normativas para regular en materias de *“aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, playas y otros lugares públicos”*.
24. Lo anterior implica que, contrariamente a lo señalado por las Denunciantes, la Municipalidad sí tiene competencias legales para regular aspectos vinculados con la prevención y consumo de tabaco. Ello pues, esta materia estaría implícitamente contenida en la materia de salubridad que, según el LOM, la Municipalidad está facultada a regular.
25. Adicionalmente a su facultad normativa y regulatoria, la Municipalidad señaló que también contaba con potestad sancionadora en dicha materia por lo que tenía competencias para establecer o dictar una norma de carácter general para tipificar o sancionar el incumplimiento de la Ley Antitabaco y su Reglamento como infracciones administrativas.
26. En ese sentido, sostiene que la Municipalidad cuenta con capacidad sancionadora respecto a la prevención y control de consumo de tabaco y, por lo tanto, las disposiciones de la Ordenanza 349-MM no exceden la Ley Antitabaco por lo que no constituyen barreras burocráticas ilegales.

- **Sobre la definición de “espacio público cerrado”**

27. Sobre este punto, la Municipalidad señaló que la redacción de la restricción prevista en la Ordenanza 349-MM reproduce literalmente la definición establecida por el MINSA en el numeral 1 del artículo 4 del Reglamento de la Ley Antitabaco que también indica que un “espacio público cerrado” es *“todo aquel que sea de acceso público, que se encuentre cubierto por un techo y que tenga más de una pared”*.
28. Por lo tanto, a criterio de la Municipalidad, la definición de la Ordenanza 349-MM no establece restricciones que excedan el marco de la Ley Antitabaco; pues ello implicaría que lo previsto en el Reglamento también constituye una barrera burocrática ilegal.
29. Conforme a la Municipalidad, la definición de “establecimiento público cerrado”, es acorde con el numeral 5.2 del Reglamento de la Ley Antitabaco por lo que no establece una restricción excesiva a la contenida en la Ley Antitabaco.
30. Asimismo, la Denunciada señala que, según el Tribunal Constitucional, cuando existan normas aparentemente contradictorias, se debe aplicar el “Principio de Complementariedad” a fin de cubrir o llenar la regulación parcial de una norma con otra norma que la complementa. En esa línea, la definición de “espacio público cerrado” contenida en el Reglamento de la Ley Antitabaco, complementa aquella prevista en

---

<sup>8</sup> **Reglamento de la Ley Antitabaco aprobado por Decreto Supremo No. 015-2008-SA**

**“Artículo 42.- Sistemas complementarios de vigilancia municipal**

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

dicha Ley por lo que debe considerarse el desarrollo establecido en el Reglamento, no el de la Ley<sup>9</sup>.

- **Sobre la carencia de razonabilidad de la medida**

31. Según la Municipalidad, la Ordenanza bajo análisis fue emitida con el objeto de proteger la salud pública en la jurisdicción de Miraflores de los efectos perjudiciales del humo de tabaco reduciendo su consumo y exposición.
32. Al respecto, señaló que, conforme al artículo 59 de la Constitución, el ejercicio de la libertad de empresa no debe vulnerar la moral, ni salud, ni la seguridad pública, lo que constituye un límite a su ejercicio.
33. Finalmente, la Municipalidad señaló que las Denunciantes no habían cumplido con presentar elementos que acrediten la carencia de razonabilidad de las medidas denunciadas. Por tanto, solicitaron que se declare la improcedencia de la denuncia por no aportar dichos indicios y no acreditar que las medidas cuestionadas han puesto en riesgo la permanencia en el mercado de sus establecimientos comerciales.

### **II.2.3 Posición del tercero administrado (MINSA)**

34. Mediante Resolución No. 0057-2012/CEB-INDECOPI, la Comisión decidió incorporar al MINSA al procedimiento como tercero administrado a fin de que pueda pronunciarse respecto a la medida materia de análisis.
35. Ello pues, la definición de “espacios públicos cerrados” efectuada por la Municipalidad podría sustentarse en el Reglamento de la Ley Antitabaco emitido por el MINSA. En consecuencia, los intereses del MINSA podrían verse afectados con la decisión que emita la Comisión.
36. En respuesta, mediante escrito del 13 de marzo de 2012<sup>1011</sup>, el MINSA indicó lo siguiente:

- **Sobre las competencias de la Municipalidad en materia de salud**

37. Según el MINSA, el artículo 48 del Reglamento de la Ley Antitabaco en concordancia con el artículo 40 de la LOM otorgan a la Municipalidad competencia para regular, administrar y supervisar los servicios públicos, creando, modificando, suprimiendo, exonerando o restringiendo obligaciones, por lo que la Ordenanza 349-MM es legal.

- **Sobre la definición de “espacio público cerrado”**

38. El MINSA sostiene que las Denunciantes han omitido señalar que la definición de “espacio público cerrado” de la Ley Antitabaco ha sido “modificada” por el decreto supremo que modificó la definición desarrollada en el Reglamento de dicha Ley. Para el MINSA, la referida norma fue modificada por el inciso 1 del artículo 4 del Reglamento de la Ley Antitabaco que contiene la definición de “espacio público cerrado”.

---

<sup>9</sup> Este argumento fue incorporado por la Municipalidad mediante Escrito del 30 de enero de 2012.

<sup>10</sup> Es importante mencionar que, inicialmente, el MINSA indicó que no le correspondía pronunciarse sobre el fondo de la denuncia pues las Denunciantes ya se habían desistido de cuestionar dichas medidas otro procedimiento iniciado en contra de la Ordenanza 349-MM (Expediente No. 191-2011/CEB). Sin embargo, la Comisión le indicó al MINSA que, si bien las Denunciantes se desistieron del procedimiento, ello no implicaba el desistimiento de la pretensión por lo que no estaban impedidas de denunciar nuevamente dichas medidas en otro procedimiento. Por tanto, la Comisión requirió al MINSA la formulación de sus descargos.

<sup>11</sup> Los argumentos expuestos también incluyen aquellos que fueron complementados mediante escrito de 26 de marzo de 2012.

- **Sobre la carencia de razonabilidad de la medida**

39. Según el MINSA, la prohibición impuesta por Ordenanza 349-MM es razonable y no arbitraria pues ha sido emitida conforme al marco jurídico. Lo anterior en tanto la disminución y eliminación del consumo del tabaco constituye un problema mundial que justifica la emisión de medidas destinadas a la protección del derecho a la vida y el derecho a la salud, mediante el diseño y ejecución de políticas públicas articuladas (interés público).
40. En ese sentido, debido a que la afectación de las personas configura un límite al ejercicio de la libertad de empresa, la referida prohibición es una medida que restringe los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, con un menor grado alcanzando un nivel alto de protección del derecho a la salud.
41. Adicionalmente señala que la separación entre ambientes para fumadores y no fumadores no cumpliría con la Ley Antitabaco debido a que las puertas que separan las áreas se encuentran abiertas facilitando una elevada contaminación en los ambientes del establecimiento por lo que en la práctica ningún ambiente estaría 100% libre del humo de tabaco.

#### **II.2.4 Decisión de la Comisión**

42. Mediante Resolución No. 0121-2012/CEB-INDECOPI del 17 de mayo de 2012, la Comisión, en primera instancia, declaró que la medida denunciada, constituía una barrera burocrática ilegal y dispuso su inaplicación respecto de los Denunciantes. La Comisión fundamentó su decisión en lo siguiente:

- **Sobre las competencias de la Municipalidad en materia de salud**

43. La Comisión señaló que, según el artículo 80 de la LOM, las municipalidades provinciales son competentes para *“regular y controlar la emisión de humos, gases y ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente”*. No obstante, las municipalidades distritales, dicha competencia solo son competentes para ejercer labores de fiscalización y labores de control sobre la emisión de elementos contaminantes.
44. En cuanto a las facultades de regulación y control de aspectos relacionados a la “salubridad” según el artículo 80 de la LOM, la Comisión señaló que *“la supervisión de regulación de los servicios y actividades de salubridad están vinculados a aquellos aspectos higiénico-sanitarios a observarse dentro de los establecimientos y lugares públicos”*. En ese sentido, no se encuentra vinculado al consumo de productos de tabaco.
45. Por tanto, la LOM no faculta a las municipalidades distritales a emitir normas que limiten o restrinjan el consumo de productos de tabaco. La LOM solo las faculta a la fiscalización de esta regulación, es decir, la efectuar labores de control en los establecimientos donde esté permitido consumo de tabaco.
46. Respecto a la regulación sectorial, la Comisión sostuvo que la Ley Antitabaco no las faculta a ejercer una función normativa sobre la materia. Así, el artículo 18 de la Ley solo reconoce que las municipalidades pueden ejercer una función fiscalizadora respecto al consumo de productos derivados del tabaco.

47. Asimismo, el artículo 48 del Reglamento de la Ley Antitabaco no reconoce una potestad normativa a favor de las municipalidades distritales, sino que se refiere a las competencias de fiscalización y sanción. Esta regulación es concordante con la diferenciación entre las competencias normativas y fiscalizadoras asignadas a los órganos descentralizados -como las municipalidades distritales- en materia de salud, según los artículos 122, 124 y 125 de la LGS.
48. En ese sentido, para la Comisión, la Municipalidad no cumplió con acreditar que contaba con una ley que la faculte a regular las zonas donde está prohibido el consumo de productos derivados del tabaco. Así, aun cuando la finalidad de la prohibición pueda ser considerada como válida, la entidad está obligada a proteger estos intereses mediante mecanismos que se encuentren en el ámbito de sus competencias.
49. En conclusión, al imponer la medida cuestionada, la Municipalidad excedió las competencias otorgadas, vulnerando el Principio de Legalidad del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley No. 27444 (“TUO de la LPAG”).

- **Sobre la definición de “espacio público cerrado”**

50. Respecto a este punto, la Comisión señaló que el hecho de que la definición de “espacio público cerrado” de la Ordenanza 349-MM se haya basado en la definición contenida en el Reglamento de la Ley Antitabaco, no le otorga competencias para regular ese aspecto.
51. En efecto, para la Comisión, la prohibición de consumo de tabaco en los “espacios públicos cerrados” no podría sustentarse solamente en una disposición infralegal pues sería contrario al principio de libertad y reserva de ley señalados por el Tribunal Constitucional por el cual una restricción a los derechos fundamentales -como la realización de actividades económicas- debe basarse en una norma con rango de ley y no en normas infralegales -como el Reglamento de la Ley Antitabaco-.
52. Adicionalmente, la Comisión señaló que no era posible sustentar la diferencia e las definiciones de “espacio público cerrado” por la aplicación del Principio de Complementariedad. Ello pues, de acuerdo con los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, no era posible aplicar dicho principio.
53. En ese sentido, la Comisión resaltó que dicho principio era aplicable cuando un hecho se encuentra regido o regulado parcialmente por una norma que requiere complementarse con otra, para cubrir o llenar la regulación de manera integral. Por tanto, este principio debe ser aplicado conforme al Principio de Legalidad y no puede ser utilizado de forma aislada para resolver antinomias.
54. En el caso particular, la Ley Antitabaco ya ha definido el concepto de “espacio público cerrado” como restricción por lo que las definiciones desarrolladas por el Reglamento de la Ley Antitabaco o la Ordenanza 349-MM no pueden establecer supuestos más gravosos.
55. Por lo tanto, dado que la Ordenanza 349-MM establece un supuesto de prohibición más restrictivo que el establecido por la Ley Antitabaco, la restricción emitida por la Municipalidad contraviene el artículo VIII del Título Preliminar de la LOM y el Principio de Reserva de Ley.
56. Siendo ello así, la Comisión resolvió declarar como barreras burocráticas ilegales el tercer párrafo del artículo 2 y el artículo 3 de la Ordenanza 349-MM debido a que (i) la

Municipalidad no se encontraba facultada a establecer este tipo de restricciones y (ii) la definición de “espacio público cerrado” contenida en dicha norma local desnaturalizada la definición de la Ley Antitabaco.

- **Sobre la razonabilidad de la medida**

57. Al respecto, la Comisión señaló que al haber sido declaradas como barreras burocráticas ilegales, no correspondía analizar la razonabilidad de la medida.

- **Sobre los efectos de la denuncia**

58. Como consecuencia de lo anterior, la Comisión dispuso la inaplicación de las barreras burocráticas ilegales respecto de las Denunciantes.

## **II.2 Segunda instancia administrativa**

59. Con fechas 24 y 28 de mayo de 2012, la Municipalidad y el MINSA, respectivamente interpusieron Recursos de Apelación contra la Resolución No. 0121-2012/CEB-INDECOPI que resolvió declarar fundada la denuncia. En dichos escritos, ambas entidades reiteraron los argumentos presentados en sus descargos y alegaron argumentos adicionales. Ambos recursos fueron concedidos por la Secretaría Técnica de la Comisión mediante Resolución No. 0174-2012/STCEB-INDECOPI del 11 de junio de 2012 donde se dispuso su elevación a la Sala Especializada de Defensa de la Competencia del INDECOPI.

### **II.2.1 Posición de la Municipalidad**

60. Adicionalmente a los argumentos presentados en sus descargos, la Municipalidad sostuvo que las municipalidades distritales poseen facultades para regular aspectos relativos a la salubridad siendo que, bajo su criterio, incluye la facultad de emitir normativa dirigida a controlar que los establecimientos comerciales de sus distritos -en este caso, Miraflores- mantengan condiciones beneficiosas para la salud de sus asistentes.
61. En base a ello, la Municipalidad alegó que la decisión de la Comisión no se encontraba acorde a ley pues, a su criterio, la falta de competencia de las municipalidades distritales para regular la definición de “espacios públicos cerrados” estaría sustentada únicamente en una definición restrictiva sobre el término “salubridad”. Según la Municipalidad, el término “salubridad” es amplio y abarca *“todo aquello que es bueno para la salud”*. En tal sentido, sostiene que los establecimientos comerciales y lugares públicos no solo deben observar normas higiene-sanitarias, sino también contar con instalaciones y/o infraestructura que sean beneficiosas para la salud del público asistente.
62. Por tanto, según su posición, el numeral 3.2 del numeral 3 del artículo 80 de la LOM faculta a la Municipalidad a regular el consumo de productos derivados del tabaco dentro de los establecimientos comerciales de su distrito. Asimismo, dicha facultad también la habilita a regular infracciones normativas sobre la materia a través de la Ordenanza 349-MM.

### **II.2.2 Posición del tercero administrado (MINSA)**

63. Adicionalmente a lo señalado en sus descargos, el MINSA sostuvo que la decisión de la Comisión estaba incidiendo directamente en las políticas de salud que el Estado venía implementando para lograr el mejoramiento de la salud de las personas a nivel nacional, conforme al artículo 38° del Decreto Legislativo 807.

64. Respecto a la legalidad de que un reglamento regule una definición legal, el MINSA señaló que existía una diferencia entre los reglamentos denominados “secundum legem” y los “extra legem”. Según alegó en su escrito, los primeros complementan y desarrollan lo dispuesto en la ley siendo que la Administración posee facultades para delimitar los alcances de la norma; mientras que los segundos, a diferencia de los primeros, deben restringirse a los alcances establecidos en el ordenamiento jurídico.
65. Por tanto, el concepto de “espacio público cerrado” regulada por el MINSA en el referido Reglamento cumpliría con lo anterior en tanto delimita los alcances y complementa el concepto establecido en la Ley Antitabaco, sin exceder sus facultades.
66. Finalmente, el MINSA sostuvo que la Comisión no había realizado una valoración de la razonabilidad de la prohibición impuesta a fin de verificar si la misma buscaba favorecer intereses particulares o solucionar problemas públicos, si la medida era incoherente, si dicha medida limitaba los derechos de los particulares de forma innecesaria, entre otros. Esta omisión, a criterio del MINSA, implicaba que la decisión no estaba debidamente motivada.

### **II.2.3 Posición de las Denunciantes**

67. Mediante escrito con fecha 13 de septiembre de 2012<sup>12</sup>, los Denunciantes absolviéron los Recursos de Apelación interpuestos donde reiteraron sus argumentos y adicionalmente alegaron lo siguiente:
68. Respecto a las facultades de las municipalidades distritales, los Denunciantes alegaron que el 3.2 del artículo 80 de la LOM que regula la facultad regulatoria en materia de salubridad era impertinente dada la existencia de una Ley especial y posterior como es la Ley Antitabaco, la cual atribuye competencias y responsabilidades de manera específica sobre la Prevención y Control del Consumo de Tabaco.
69. Al respecto, sostuvieron que si se llega al absurdo de que las Municipalidades tienen competencia para “regular” *“todo aquello que es bueno para la salud en los establecimientos comerciales”*, nada impediría a que estas quieran prohíban el expendio de comida chatarra o el consumo de bebidas alcohólicas.
70. En relación con la finalidad o “ratio legis” de la Ley Antitabaco, señalaron que, conforme al diario de debates del Congreso de la República del Perú, el propósito de los legisladores fue emitir una normativa que permita fumar en lugares públicos abiertos, restringiendo únicamente los espacios públicos que se encuentren cerrados entre paredes y por un techo. Por tanto, es razonable el concepto de “espacio público cerrado” sea restrictiva.
71. Respecto al Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (“Convenio Marco”), los Denunciantes sostienen que dicho documento es una guía para que los Estados Parte apliquen políticas contenidas en el Convenio, de la forma que sea más adecuada en el marco de su ordenamiento jurídico. En efecto, el Convenio Marco es un convenio internacional que contiene únicamente directrices y recomendaciones. De acuerdo con el artículo 8 de dicho Convenio, el Estado parte adoptará las medidas necesarias para proteger a las personas de la exposición al humo del tabaco, de conformidad con lo que se determine en la legislación nacional<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Los fundamentos expuestos fueron complementados a través del escrito de fecha 23 de enero de 2013.

<sup>13</sup> **Artículo 8**

## II.2.4 Decisión de la Sala

72. Mediante Resolución No. 0199-2013/SDC-INDECOPI del 31 de enero de 2013, la Sala por voto en mayoría resolvió revocar la Resolución No. 0121-2012/CEB-INDECOPI mediante la cual la Comisión, en primera instancia, declaró que la prohibición de fumar en “espacios públicos cerrados”, definidos en el artículo 4 del Reglamento de la Ley Antitabaco y en el artículo 2 de la Ordenanza 349-MM constituía una barrera burocrática ilegal y, reformándola, declaró fundada la denuncia.

73. La Sala sustentó su decisión en base a lo siguiente:

- **Sobre los límites a la libertad de empresa**

74. La Sala señaló que, si bien la Constitución reconoce la libertad de empresa, esta no debe ser entendida como una libertad irrestricta o absoluta, sino como una garantía a la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta opere sin ningún tipo de obstáculos, siempre que ello no implique una lesión a la moral, la salud o a la seguridad ciudadana.

75. Para ello, señala que la propia Ley Antitabaco establece que dicha norma establece limitaciones al ejercicio de la libertad de empresa en resguardo de la salud pública. En su decisión, la Sala también mencionó una decisión del Tribunal Constitucional según la cual cualquier derecho deviene en inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos.

76. Por tanto, conforme a la Constitución, la Ley Antitabaco y el Tribunal Constitucional la protección de la salud configura un límite legítimo al ejercicio de la libertad de empresa por lo que no se podría configurar un supuesto de colisión de derechos.

- **Sobre el Convenio Marco y sus Directrices**

77. Para la Sala, el Convenio Marco tiene como finalidad la protección de las consecuencias “*sanitarias, sociales, ambientales y económicas producidas por el consumo y exposición al humo del tabaco*”. Conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente No. 00032-2010-PI/TC, este Convenio Marco tiene por finalidad proteger la salud de las personas, incluyendo la salud de los fumadores lo que configura una finalidad constitucionalmente válida.

78. Si bien este Convenio no contiene una definición expresa de “espacio público cerrado”, dicho tratado debe ser interpretado junto con lo dispuesto en las Directrices para la aplicación Artículo 5.3, artículo 8, artículo 9, artículos 9 y 10, artículo 11, artículo 12, artículo 13, artículo 14 del Convenio Marco (“Directrices”), donde se recomienda a los Estados Parte utilizar una definición de “espacio público cerrado” que contempla como una zona “interior” o “cerrada” a todo espacio cubierto por un techo o cerrado entre una o más paredes y muros<sup>14</sup>.

79. Según el criterio de la Sala, si bien las Directrices contienen recomendaciones y no tienen efectos vinculantes, sirven para interpretar el origen y la ejecución del Convenio Marco, tal como los debates congresales traídos a colación por las Denunciantes para

---

*“Protección contra la exposición al humo de tabaco*

*(...) 2. Cada Parte adoptará y aplicará, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales.”*

<sup>14</sup> Resolución No. 0199-2013/SDC-INDECOPI, págs. 21-24.

interpretar históricamente la Ley Antitabaco. Por tanto, son de utilidad para realizar una interpretación histórica de la Ley Antitabaco.

- **Sobre la definición de “espacio público cerrado”**

80. Según la Sala, la Ley Antitabaco establece como propósito *“la protección de la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo que causa”*. Además, la definición de espacio público cerrado de esta norma no detalla cuántas paredes o muros debe tener un local para considerarse como “cerrado”, limitándose a señalar que “espacio público cerrado” es todo lugar de acceso al público, que se encuentre cubierto por un techo y “cerrado entre paredes”.
81. Al tener una definición amplia e imprecisa, el artículo 3.3 de la Ley Antitabaco delegó al reglamento la determinación de las especificaciones de los espacios públicos cerrados, por lo que el Reglamento de la Ley Antitabaco precisó el concepto de “espacio público cerrado” conforme al Convenio Marco y las Directrices.
82. Dado que el concepto de “cerrado entre paredes” no implica necesariamente un ambiente cerrado entre cuatro (4) paredes, la definición realizada por el MINSA en el Reglamento no contradice a la ley sino que estaría cumpliendo con otorgar contenido a una característica imprecisa y sujeta a múltiples interpretaciones, alineándose con lo dispuesto en el Convenio Marco y las Directrices.

- **Sobre las competencias de la Municipalidad**

83. Sobre las competencias de la Municipalidad regular el concepto de “espacio público cerrado”, la Sala señaló que correspondía pronunciarse al respecto debido a que al recoger de manera textual la definición establecida en el Reglamento de la Ley Antitabaco, la Municipalidad no habría ejercido una competencia normativa.

## **II.2.5 Voto en discordia de la vocal Silvia Hooker**

84. La señora vocal Silvia Lorena Hooker Ortega emitió un voto en discordia y confirmó la Resolución No. 0121-2012/CEB-INDECOPI en primera instancia que declaró fundada la denuncia. Al respecto, señaló lo siguiente:
85. Según indica la vocal, el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución establece que el Presidente de la República ejerce la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. En ese sentido, el artículo 13 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (“LOPE”) prevé que los reglamentos se ajustan al principio de jerarquía, encontrándose imposibilitados de transgredir o desnaturalizar las normas con rango de ley.
86. Si bien la Ley Antitabaco dispone que a través del reglamento se podrán establecer especificaciones al concepto “espacio público cerrado”, ello no incluye la potestad de regular una nueva definición. Por tanto, la restricción de la Ley Antitabaco difiere de la prohibición dispuesta en el Reglamento de la Ley Antitabaco, modificándola y otorgándole un efecto más restrictivo vulnerando así el artículo 13 de la LOPE.
87. Lo anterior se evidencia incluso considerando que, al alegar la supuesta complementariedad, el MINSA reconoció que la ley no lo regulaba siendo que consideró necesario regular dicho vacío mediante un reglamento, en contravención al artículo antes mencionado.

88. Respecto a la aplicación del Convenio Marco, la vocal señaló que dicho tratado internacional no define el concepto de “espacio público cerrado”. En ese sentido, las Directrices de dicho Convenio Marco contienen recomendaciones y no tienen carácter vinculante. Para ello es necesario que dicha definición sea incorporada al ordenamiento jurídico mediante una norma con rango de ley, y no de un reglamento.
89. En efecto, en el año 2010, el Congreso aprobó la Ley No. 29517, que modificó la Ley Antitabaco y en esa oportunidad decidió mantener el concepto de “espacio público cerrado” actual, pese a que pudo seguir la recomendación de la Directriz y adoptar una definición más restrictiva.
90. Asimismo, la vocal resaltó que, de acuerdo con lo observado en el diario de debates del Congreso, se discutió el concepto de “espacio público cerrado” y se concluyó que debe ser definido como *“todo aquel espacio que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, teniendo en cuenta que pueden existir espacios públicos dentro de un establecimiento en los que sí se puede fumar, como un ambiente con solo dos paredes y lo demás abierto”*.
91. Finalmente, la vocal señaló que, si se busca salvaguardar el derecho a la salud de las personas y limitar válidamente el derecho a la libertad de empresa, se debe realizar mediante una modificación de la Ley Antitabaco a cargo del Congreso y no a través de un reglamento.

### III. PROBLEMAS JURÍDICOS RELEVANTES

#### III.1 ¿La prohibición de fumar en “espacios públicos cerrados” bajo la definición de la Ordenanza 349-MM constituye una barrera burocrática ilegal por falta de competencias y/o potestades normativas de la Municipalidad?

92. La definición de “espacio público cerrado” establecida en la Ordenanza 349-MM **constituye una barrera burocrática ilegal pues la Municipalidad no cuenta con facultades normativas para regular dicha definición** conforme a las competencias reguladas en la LOM, las normas sectoriales sobre salud y medio ambiente y la Ley Antitabaco.
93. Para responder a esta pregunta, abordamos las siguientes subpreguntas:

##### III.1.1 Según el marco normativo aplicable, ¿las municipalidades distritales cuentan con facultades normativas en materia de salud pública o ambiental?

94. Conforme a lo establecido en la LOM, la LGS y las normas ambientales, **las municipalidades distritales no cuentan con facultades normativas en materias de salud, salubridad y aspectos ambientales.**

##### (i) Facultades normativas de las municipalidades locales en materia de salud

95. Conforme a la LGS, ley que regula las competencias en materia de salud, la Autoridad de Salud a nivel nacional, es decir, el MINSA, tiene a su cargo *“la política de salud y actúa como la máxima autoridad normativa en materia de salud”*<sup>15</sup>. Al respecto, el artículo 124 reconoce que los órganos desconcentrados, como las municipalidades

<sup>15</sup> Ley General de Salud, (1997).  
**“Artículo 123.-** El Ministerio de Salud es la Autoridad de Salud de nivel nacional. Como organismo del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo la formulación, dirección y gestión de la política de salud y actúa como la máxima autoridad normativa en materia de salud.”

distritales, están facultados a disponer “medidas de prevención y control” en cumplimiento de las normas que dicte el MINSA:

**“Artículo 124.- En aplicación y cumplimiento de las normas de salud que dicta la Autoridad de Salud de nivel nacional, los órganos desconcentrados o descentralizadas quedan facultados para disponer, dentro de su ámbito, medidas de prevención y control de carácter general o particular en las materias de su competencia.”**

[Énfasis agregado]

96. No obstante, la LGS es clara en establecer que “el ejercicio descentralizado de esta competencia de control no supone, en ningún caso, el ejercicio de competencia normativa, salvo estipulación en contrario de la propia ley.”:

**“Artículo 125.- El ejercicio descentralizado de competencias de control en materias de salud, no supone, en ningún caso, el ejercicio de competencia normativa, salvo estipulación en contrario de la propia ley. La delegación de competencias de control en materia de salud, no supone, en ningún caso, la delegación de facultades normativas.”**

[Énfasis agregado]

97. Conforme a lo anterior, la LGS reconoce que las municipalidades distritales pueden dictar “medidas de prevención y control” en las materias de salud y que dicho ejercicio no supondrá el ejercicio de facultades normativas, salvo que la ley disponga lo contrario.
98. Al respecto, el inciso 3.2 del artículo 80 de la LOM -utilizado como sustento por la Municipalidad- establece que las municipalidades distritales poseen facultades específicas para “Regular y controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales”:

### **“ARTÍCULO 80.- SANEAMIENTO, SALUBRIDAD Y SALUD**

*Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones:*

#### **3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:**

**3.1. Proveer del servicio de limpieza pública determinando las áreas de acumulación de desechos, rellenos sanitarios y el aprovechamiento industrial de desperdicios.**

**3.2. Regular y controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales.**

**3.3. Instalar y mantener servicios higiénicos y baños de uso público.**

3.4. *Fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente. (...)*

[Énfasis agregado]

99. En ese sentido, la LGS en concordancia con la LOM disponen que las municipalidades distritales pueden “regular y controlar” sobre aspectos de “aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales”. Dado que la facultad de “regular” alude a la acción de “determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo”<sup>16</sup> preliminarmente podemos afirmar que este artículo otorgó competencias normativas a las municipalidades distritales para regular estas materias, en concordancia con el artículo 125 de la LGS.
100. Por tanto, en ejercicio de sus facultades, las municipalidades distritales tienen competencias para gestionar el uso de baños de uso público, locales para la atención de salud (centros de salud, centros de rehabilitación, asilos, consultorios médicos, etc.), la ejecución de campañas de salud, vigilancia sanitaria de piscinas en su jurisdicción local, entre otros.
101. Por tanto, en aplicación del Principio de Legalidad y en concordancia con lo dispuesto en la LGS y en la LOM, preliminarmente, las municipalidades distritales cuentan con facultades normativas para emitir normas en materia de salud.

#### **(ii) Facultades normativas de las municipalidades locales en materia ambiental**

102. La Ley General del Ambiente – Ley No. 28611 establece que los gobiernos locales ejercen competencias y funciones sobre el ambiente y recursos naturales y se sujetan al Sistema Nacional de Gestión Ambiental<sup>17</sup>. En concordancia con lo anterior, el artículo 24 de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental – Ley No. 28245<sup>18</sup> dispone que los gobiernos locales ejercen funciones ambientales “en concordancia con las políticas, normas y planes nacionales, sectoriales y regionales” y que “deben implementar el sistema local de gestión ambiental”<sup>19</sup>.
103. Asimismo, el artículo 73 de la LOM establece que las municipalidades provinciales y distritales ejercen las siguientes competencias específicas en materia ambiental:

<sup>16</sup> Definición obtenida de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/regular>.

<sup>17</sup> **Ley General del Ambiente, (2005).**

**“Artículo 14.- Del Sistema Nacional de Gestión Ambiental**

14.1 El Sistema Nacional de Gestión Ambiental tiene a su cargo la integración funcional y territorial de la política, normas e instrumentos de gestión, así como las funciones públicas y relaciones de coordinación de las instituciones del Estado y de la sociedad civil, en materia ambiental.

14.2 El Sistema Nacional de Gestión Ambiental se constituye sobre la base de las instituciones estatales, órganos y oficinas de los distintos ministerios, organismos públicos descentralizados e instituciones públicas a nivel nacional, regional y local que ejercen competencias y funciones sobre el ambiente y los recursos naturales; así como por los Sistemas Regionales y Locales de Gestión Ambiental, contando con la participación del sector privado y la sociedad civil.

14.3 La Autoridad Ambiental Nacional es el ente rector del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.”

<sup>18</sup> Aprobada el 8 de junio de 2004.

<sup>19</sup> **Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, (2004).**

**“Artículo 24.- Del ejercicio local de funciones ambientales**

24.1 Los Gobiernos Locales ejercen sus funciones ambientales sobre la base de sus leyes correspondientes, en concordancia con las políticas, normas y planes nacionales, sectoriales y regionales, en el marco de los principios de la gestión ambiental contenidos en el artículo 5 de la presente Ley.

24.2 Los Gobiernos Locales deben implementar el sistema local de gestión ambiental, sobre la base de los órganos que desempeñan diversas funciones ambientales que atraviesan el Gobierno Local y con la participación de la sociedad civil.”

**“3. Protección y conservación del ambiente**

**3.1. Formular, aprobar, ejecutar y monitorear los planes y políticas locales en materia ambiental, en concordancia con las políticas, normas y planes regionales, sectoriales y nacionales<sup>20</sup>.**

3.2. *Proponer la creación de áreas de conservación ambiental.*

3.3. *Promover la educación e investigación ambiental en su localidad e incentivar la participación ciudadana en todos sus niveles.*

3.4. *Participar y apoyar a las comisiones ambientales regionales en el cumplimiento de sus funciones.*

**3.5. Coordinar con los diversos niveles de gobierno nacional, sectorial y regional, la correcta aplicación local de los instrumentos de planeamiento y de gestión ambiental, en el marco del sistema nacional y regional de gestión ambiental”**

[Énfasis agregado]

104. Adicionalmente, el artículo 80 de la LOM también prevé competencias relacionadas a la materia ambiental:

**“ARTÍCULO 80.- SANEAMIENTO, SALUBRIDAD Y SALUD**

*Las municipalidades, en materia de saneamiento, salubridad y salud, ejercen las siguientes funciones:*

**3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:**

**3.1. Proveer del servicio de limpieza pública determinando las áreas de acumulación de desechos, rellenos sanitarios y el aprovechamiento industrial de desperdicios.**

3.2. *Regular y controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales.*

3.3. *Instalar y mantener servicios higiénicos y baños de uso público.*

**3.4. Fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente. (...)**

[Énfasis agregado]

105. En líneas generales, se prevé que pueden aprobar políticas locales (la LOM la diferencia del concepto de “norma”), efectuar monitoreos y fiscalizaciones y gestión de residuos

---

<sup>20</sup> Este artículo fue modificado a través de la Ley No. 30754 de fecha 18 de abril de 2018 en los siguientes términos: **“3.1 Formular, aprobar, ejecutar y monitorear los planes y políticas locales en materia ambiental y frente al cambio climático, en concordancia con las políticas, normas y planes regionales, sectoriales y nacionales.”** [Énfasis agregado]

sólidos, pero no se establece la facultad expresa para normar sobre estas materias. En resumen, en materia ambiental, las municipalidades distritales están facultadas a:

- **“Formular, aprobar, ejecutar y monitorear los planes y políticas locales, en concordancia con las políticas, normas y planes regionales, sectoriales y nacionales”**
- **“Coordinar con los diversos niveles de gobierno nacional, sectorial y regional, la correcta aplicación local de los instrumentos de planeamiento y de gestión ambiental.”**
- **“Proveer del servicio de limpieza pública determinando las áreas de acumulación de desechos, rellenos sanitarios y el aprovechamiento industrial de desperdicios”**
- **“Fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.”**

106. Como se puede observar, ni las normas sectoriales ni la LOM prevén que las municipalidades distritales puedan emitir normas de alcance distrital en materia ambiental. En específico, en relación con la emisión de humos y otros contaminantes, la LOM prevé que las municipalidades distritales sólo están facultadas a efectuar labores de fiscalización y control, esto es, verificar que los administrados cumplan con los parámetros de control previamente aprobados por la autoridad competente.
107. En efecto, el texto del artículo 40 de la LOM vigente al 2011 recogía la posibilidad de las municipalidades puedan “ordenar la clausura transitoria o definitiva de establecimientos” que “produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario<sup>21</sup>”.
108. Desde el 2023, dicha facultad se encuentra recogida en el artículo 19 de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento – Ley No. 28976, donde se prevé que las municipalidades pueden dictar la cláusula temporal de establecimiento si sus actividades, entre otros, “genere olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la tranquilidad del vecindario, en tanto excedan los rangos dispuestos por las leyes de la materia<sup>22</sup>”.
109. En cualquier caso, las leyes disponen que las municipalidades distritales ejerzan la supervisión y fiscalización de los rangos y estándares dispuestos por ley, mas no que definan dichos parámetros ambientales.
110. Por lo tanto, acorde a las normas ambientales y a la LOM, las municipalidades distritales no cuentan con facultades normativas para regular aspectos relacionados a la emisión de humos y otros contaminantes, siendo que sólo se les ha otorgado un rol fiscalizador

---

<sup>21</sup> **Ley Orgánica de Municipalidades, (2003).**

**“Artículo 49.- Clausura, Retiro o Demolición**

*La autoridad municipal puede ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario.”*

<sup>22</sup> **Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, (2007).**

**Artículo 19.- Supuestos de procedencia de clausura temporal de un establecimiento**

**“19.1. La clausura temporal de un establecimiento procede en los siguientes supuestos:**

*(...) e) La actividad del establecimiento genere olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la tranquilidad del vecindario, en tanto excedan los rangos dispuestos por las leyes de la materia.”*

y de control posterior. En ese sentido, en el caso particular, la Municipalidad no cuenta con competencias normativas en esta materia.

### III.1.2 ¿La Ley Antitabaco otorgó facultades normativas a las municipalidades distritales en materia de salud y salubridad y/o ambiental?

111. Conforme al Artículo 103 de la Constitución, se pueden expedir leyes especiales *“porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas”*. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que este tipo de leyes y su naturaleza amparan la regla según la cual una *“ley especial prima sobre la de carácter general”*:

*“[U]na ley especial –de por sí regla excepcional en el ordenamiento jurídico nacional– se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad.*

***Las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo sui géneris de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas.***

***En puridad, surgen por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas.***

***Consecuencia derivada de la regla anteriormente anotada es que la ley especial prima sobre la de carácter general.***<sup>23”</sup>

[Énfasis agregado]

112. En esa línea, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que uno de los criterios establecidos por la doctrina para intentar resolver situaciones de conflicto entre normas es la mencionada regla de especialidad<sup>24</sup>. Al respecto, se señala que este criterio:

*“establece una regla de preferencia de la norma especial sobre la norma general, porque su supuesto de hecho se ajusta más al hecho concreto. La justificación, la encontramos en que la norma específica es más apta para regular lo específico y además porque es la que mejor responde a la voluntad del legislador, ello es así, porque si el mismo legislador dicta dos normas, una general y otra especial, y un mismo supuesto de la vida real cae hipotéticamente entre ambas, es porque el legislador quiso dar preferente aplicación a la norma especial, pues de otro modo no tendría sentido su promulgación.”*<sup>25</sup>

[Énfasis agregado]

113. Por tanto, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que el legislador dicte leyes específicas para una materia particular cuya regulación sea distinta a las leyes que

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 018-2003-AI/TC. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>

<sup>24</sup> Casación No. 11415-2013 – Lima del 16 de julio de 2015 pág. 4. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/03/Casacion-11415-2013-Lima-LPDerecho.pdf>

<sup>25</sup> *Ibidem*, pág. 7

regulan “*las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas*”. Bajo la regla o criterio de especialidad, se deberá preferir la norma especial sobre la norma general pues la primera es más apta para regular la materia específica y es la que mejor responde a la voluntad del legislador.

114. En este caso, el legislador decidió emitir una ley especial para regular la materia de prevención y erradicación del consumo de tabaco. Así, la Ley Antitabaco<sup>26</sup> fue promulgada con el objetivo de, entre otros, “*proteger a la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, a fin de reducir dicho consumo y exposición de manera continua y sustancial*”<sup>27</sup>.
115. Para ello, entre otras medidas, en esta ley se dispuso lo siguiente:
- La prohibición de fumar en establecimientos de salud, educación, medios de transporte público y espacios públicos cerrados (Artículo 3<sup>28</sup>).
  - La obligación de colocar en dichos establecimientos un cartel que indique la prohibición en un lugar visible (Artículo 4<sup>29</sup>).
  - Disposiciones específicas sobre el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco como el uso de imágenes, advertencias, uso de términos, entre otros. (Artículos 6<sup>30</sup>, 7<sup>31</sup> y 8<sup>32</sup>).

<sup>26</sup> Vigente a la fecha de la denuncia, hoy derogada por la Ley No. 32159 del 12 de noviembre de 2024.

<sup>27</sup> Ver considerandos de la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco – Ley No. 28705

<sup>28</sup> **Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).**

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

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

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

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

<sup>29</sup> **Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).**

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

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

*“ESTÁ PROHIBIDO FUMAR EN LUGARES PÚBLICOS POR SER DAÑINO PARA LA SALUD”. “AMBIENTE 100% LIBRE DE HUMO DE TABACO”*”

<sup>30</sup> **Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).**

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

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

<sup>31</sup> **Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).**

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

*7.1 Las cajetillas de cigarrillos y en general toda clase de empaque o envoltura de productos de tabaco deben llevar impresas, en un cincuenta por ciento (50%) de cada una de sus caras principales, frases e imágenes de advertencia sobre el daño a la salud que produce el fumar. Asimismo, deben llevar impresa dentro de la misma área y de manera permanente la frase: “PROHIBIDA SU VENTA A MENORES DE 18 AÑOS” (...).”*

<sup>32</sup> **Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).**

**“Artículo 8.- De la prohibición de utilizar determinados términos**

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

- Disposiciones sobre la comercialización: fijar un cartel y prohibiciones para la venta de productos de tabaco (Artículos 10<sup>33</sup> y 11<sup>34</sup>).
  - Restricciones sobre publicidad: uso de frases de advertencia, ubicación en medios gráficos, prohibición de patrocinio de eventos dirigidos a menores de edad y otras prohibiciones (Artículos 13<sup>35</sup>, 14<sup>36</sup>, 15<sup>37</sup>, 16<sup>38</sup> y 17<sup>39</sup>).
116. La Ley Antitabaco delegó al reglamento el desarrollo de determinadas disposiciones de la lista descrita. Así, el reglamento de la ley establecería las especificaciones de los espacios públicos cerrados para efectos de la prohibición (Artículo 3), el desarrollo de las frases e imágenes de advertencia en el empaquetado de los productos (Artículo 7) y la determinación de dimensiones y características del cartel que deberá fijarse en los centros de comercialización (Artículo 10).
117. Conforme al artículo 19 de la norma, esta facultad normativa sería ejercida por el Poder Ejecutivo, esto es, por el MINSA, entidad que dictaría *“las normas reglamentarias que además regularían las sanciones a imponerse por la inobservancia o incumplimiento de la Ley”*.
118. En ese sentido, la entidad expresamente facultada para desarrollar el contenido de las disposiciones de los artículos 3, 7 y 10 de la Ley Antitabaco, en el marco de los límites de la ley, era el MINSA.

<sup>33</sup> **Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).**

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

*Toda persona natural o jurídica dedicada a la venta directa al consumidor de productos de tabaco debe fijar un cartel en un lugar visible de su local con la siguiente frase: “EL CONSUMO DE TABACO ES DAÑINO PARA LA SALUD, PROHIBIDA SU VENTA A MENORES DE 18 AÑOS”. Las dimensiones y características del cartel serán determinadas en el reglamento de la presente Ley.”*

<sup>34</sup> **Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).**

**“Artículo 11.- De las prohibiciones de comercialización**

*Son las siguientes: 1. Prohíbese la venta directa o indirecta de productos de tabaco dentro de cualquier establecimiento dedicado a la salud o a la educación sean públicos o privados y de las dependencias públicas. 2. Prohíbese la venta de productos de tabaco a menores de 18 años. 3. Prohíbese la venta de productos de tabaco por menores de 18 años. 4. Prohíbese la venta de cigarrillos sin filtro. 5.- Prohíbese la venta de paquetes de productos de tabaco que contengan menos de diez (10) unidades. 6. Prohíbese la distribución gratuita promocional de productos de tabaco, excepto cuando en forma objetiva y verificable se pueda demostrar que el receptor es mayor de 18 años. 7. Prohíbese la promoción o distribución de juguetes que tengan forma o aludan a productos de tabaco que puedan resultar atractivos para menores de edad.”*

<sup>35</sup> **Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).**

**“Artículo 13.- De los anuncios publicitarios**

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

<sup>36</sup> **Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).**

**“Artículo 14.- De la publicidad en medios gráficos**

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

<sup>37</sup> **Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).**

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

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

<sup>38</sup> **Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).**

**“Artículo 16.- De las restricciones de la publicidad**

*Ningún anuncio publicitario de productos de tabaco podrá: 1. Estar dirigido a menores de edad. 2. Mostrar a una persona menor de edad. 3. Sugerir que la mayoría de personas son fumadores.”*

<sup>39</sup> **Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).**

**“Artículo 17.- De las prohibiciones de la publicidad**

*Prohíbese la publicidad directa o indirecta de productos de tabaco en: 1. Medios de comunicación de televisión de señal abierta, radio u otro medio similar. 2. Establecimientos dedicados a la salud o a la educación sean públicos o privados y en las dependencias públicas. 3. Publicidad exterior en los alrededores en un radio de 500 metros de centros educativos de cualquier nivel o naturaleza. 4. Actividades deportivas de cualquier tipo. 5. Exhibiciones, espectáculos y similares en los que esté permitido el ingreso de menores de 18 años. 6. Prendas de vestir.”*

119. Por otro lado, la Ley Antitabaco dispuso qué entidades tendrían a su cargo la “*vigilancia y cumplimiento de la Ley*”, es decir, labores de supervisión y/o fiscalización del cumplimiento de la norma:

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

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

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

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

[Énfasis agregado]

120. Conforme a lo anterior, la Ley Antitabaco estableció que las facultades de supervisión y fiscalización del cumplimiento de la norma estarían a cargo de distintas entidades nacionales y locales realizarían las inspecciones necesarias para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en la norma. A diferencia del MINSa, la norma no otorgó a las municipalidades distritales facultades normativas sobre esta materia específica.
121. Al respecto, el Reglamento de la Ley Antitabaco, que desarrolla las disposiciones de la ley, dispone que las municipalidades tienen facultades fiscalizadoras y sancionadoras al estar encargadas de la realización de inspecciones o mediciones de contaminantes y la sanción de posibles incumplimientos. El Reglamento no dispone que estas entidades tengan la facultad de regular aspectos que no hubieran sido desarrollados en la ley.
122. Respecto a la función supervisora, el artículo 7 del Reglamento prevé que las municipalidades “*realizarán inspecciones y mediciones periódicas de contaminantes del humo de tabaco en los centros laborales, restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de entretenimiento*<sup>40</sup>”. Para ello, deberán realizar las actividades listadas en el artículo 12.1 del Reglamento que incluye “*el reconocimiento físico de la señalización de los carteles, (...) la inexistencia de personas con productos de tabaco y (...) la medición de presencia de humo en las zonas prohibidas*”<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Reglamento de la Ley No. 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco – Decreto Supremo No. 015-2008-SA

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

*7.1 La autoridad municipal, las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales y el Ministerio de Salud, realizarán inspecciones y mediciones periódicas de contaminantes del humo de tabaco en los centros laborales, restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de entretenimiento, y sancionarán a los infractores conforme a lo señalado en el artículo 48 del presente Reglamento; y, el artículo 128 y el Título Sexto de la Ley N° 26842 -Ley General de Salud, respectivamente.”*

<sup>41</sup> Reglamento de la Ley No. 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco – Decreto Supremo No. 015-2008-SA

**“Artículo 12.- Facultades de inspección**

123. En cuanto a la función sancionadora, el artículo 7 del Reglamento también dispone que las municipalidades “sancionarán a los infractores<sup>42</sup>”. Conforme al artículo 48<sup>43</sup> del Reglamento, podrán imponer sanciones por el incumplimiento de (i) la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados, establecimientos dedicados a la salud y educación y transporte público, (ii) colocar los anuncios con la prohibición en los establecimientos conforme al modelo y características establecidos y (iii) colocar los anuncios con la prohibición en los vehículos de transporte público conforme al modelo y características establecidos.
124. Conforme a lo anterior, la Ley Antitabaco otorgó a las municipalidades distritales facultades para realizar las inspecciones necesarias para asegurar el cumplimiento de la norma (supervisión y fiscalización) pero no les otorgó facultades normativas para regular esta materia específica. Estas facultades fueron otorgadas al MINSA respecto de disposiciones específicas establecidas en la ley.
125. Ahora, si bien la LOM otorgó a las municipalidades distritales la facultad de “regular” aspectos de salubridad en establecimientos comerciales en general, la Ley Antitabaco no previó que dichas entidades puedan “regular” sobre las materias específicas relacionadas a la prevención y erradicación del consumo de tabaco. En efecto, esta ley especial solo otorgó a las municipalidades distritales facultades de supervisión y fiscalización sobre la materia, como se puede observar en el siguiente cuadro:

	LOM	Ley Antitabaco
Materia	Salud, saneamiento y salubridad	Prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco
Facultad Normativa – Municipalidades distritales	“3.2. <b>Regular y controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, (...) y otros lugares públicos locales.</b> ”	<b>No</b> establece competencias para “regular” o “normar” aspectos de la ley.

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

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

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

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

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

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

<sup>42</sup> Reglamento de la Ley No. 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco – Decreto Supremo No. 015-2008-SA

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

7.1 La autoridad municipal, las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces en los Gobiernos Regionales y el Ministerio de Salud, realizarán inspecciones y mediciones periódicas de contaminantes del humo de tabaco en los centros laborales, restaurantes, cafés, bares, hoteles, centros deportivos y centros de entretenimiento, y sancionarán a los infractores conforme a lo señalado en el artículo 48 del presente Reglamento; y, el artículo 128 y el Título Sexto de la Ley N° 26842 -Ley General de Salud, respectivamente.”

<sup>43</sup> Reglamento de la Ley No. 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco – Decreto Supremo No. 015-2008-SA

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

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

<p>Facultad supervisión y fiscalización - Municipalidades distritales</p>	<p><i>“3.2. Regular y <b>controlar</b> el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, (...) y otros lugares públicos locales.”</i></p>	<p><i>“Las municipalidades (...) en el ámbito de sus competencias <b>realizarán las inspecciones necesarias que aseguren el cumplimiento</b> de lo dispuesto en la presente Ley”.</i></p>
---	--	---

126. Como se puede observar, tanto la LOM y la Ley Antitabaco prevén que las municipalidades distritales tienen competencias para controlar e inspeccionar materias de salud como el consumo de tabaco, no obstante, no ocurre lo mismo con las facultades normativas. Si bien estas entidades poseen en líneas generales facultades para “regular” materias de salud, en la materia específica de prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco, la Ley Antitabaco prevé que dichas facultades solo son ejercidas por el MINSA en el marco de lo dispuesto en la ley.
127. Reservar las facultades normativas a la máxima autoridad del sector (MINSA) y asignar a las municipalidades distritales labores de supervisión y fiscalización es una práctica que también se ha replicado en otras actividades del sector salud.
128. Así, por ejemplo, las municipalidades distritales están facultadas por la LOM a supervisar el cumplimiento de las normas aplicables a las piscinas públicas y privadas de uso colectivo. No obstante, la facultad para determinar las normas aplicables fue reservada al MINSA que, a través del Reglamento Sanitario de Piscinas, aprobado por Decreto Supremo No. 007-2003-SA (“RSP”), desarrolló los “aspectos técnicos y administrativos para el diseño, operación, control y vigilancia sanitaria de las piscinas”<sup>44</sup>.
129. En específico, el RSP el MINSA estableció que la construcción de las piscinas debía cumplir con los requisitos de elementos sanitarios previstos en el RSP siendo que no se utilizarán materiales ni recubrimientos susceptibles de constituirse en substrato para el crecimiento microbiano<sup>45</sup>. Asimismo, se dispuso que “el proyecto de las piscinas no contemplarán elementos estructurales y arquitectónicos que establezcan condiciones inseguras en el uso de las instalaciones, a fin de minimizar todo riesgo de accidentes”<sup>46</sup>.
130. En el numeral 2 del artículo 7 de esa misma norma, se prevé que las municipalidades distritales son las encargadas de “supervisar y verificar el cumplimiento de las normas de construcción establecidas en el presente Reglamento y sancionar su incumplimiento”.
131. Como se puede observar, en materia de salud, la LOM ha previsto que las municipalidades distritales tengan competencias para supervisar y fiscalizar el

<sup>44</sup> **Reglamento Sanitario de Piscinas - Decreto Supremo No. 007-2003-SA**

*“Artículo 1.- Objetivo*

*La presente norma regula los aspectos técnicos y administrativos para el diseño, operación, control y vigilancia sanitaria de las piscinas, a fin de proteger la salud de los usuarios y de la comunidad en general.”*

<sup>45</sup> **Reglamento Sanitario de Piscinas - Decreto Supremo No. 007-2003-SA**

*“Artículo 30.- Seguridad Sanitaria*

*Deberán cumplirse con todos los requisitos de disposición de los elementos sanitarios previstos en el presente Reglamento para la instalación de las piscinas. No se utilizarán materiales ni recubrimientos que son susceptibles de constituirse en substrato para el crecimiento microbiano.”*

<sup>46</sup> **Reglamento Sanitario de Piscinas - Decreto Supremo No. 007-2003-SA**

*“Artículo 31.- Prevención de Riesgo de Accidentes*

*En el proyecto de las piscinas no se contemplará elementos estructurales y arquitectónicos que establezcan condiciones inseguras en el uso de las instalaciones, a fin de minimizar todo riesgo de accidentes.”*

cumplimiento de las normas, más no para emitir las. Esta facultad normativa ha sido reservada al MINSA.

132. En ese sentido, dado que la Ley Antitabaco fue emitida por legislador específicamente para regular la materia de prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco, corresponde aplicar esta ley especial sobre las disposiciones generales de salud, salubridad y saneamiento la LOM.
133. Así, conforme a la regla de especialidad, las municipalidades distritales no cuentan con competencias normativas para regular la materia de prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco.

### **III.1.4 ¿La Municipalidad tenía competencia para desarrollar la definición de "espacio público cerrado" establecido en la Ley Antitabaco?**

134. Como hemos podido observar, la Ley Antitabaco reconoce que las municipalidades distritales, en el marco de sus competencias, pueden realizar inspecciones para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en dicha norma. Estas labores de vigilancia y control se limitan a los alcances de la norma, y no implican una delegación de potestades normativas a favor de las municipalidades distritales.
135. Si bien el numeral 3.2 del artículo 80 de la LOM dispone en líneas generales que las municipalidades distritales cuentan con la función de regular y controlar, entre otros aspectos, la salud y salubridad en los establecimientos públicos, existe una norma posterior y especial -la Ley Antitabaco- que especificaba cómo se ejercían dichas competencias en el marco de la ley disponiendo que dichas entidades únicamente contaban con una función fiscalizadora, mas no normativa.
136. Tomando en cuenta lo anterior, concuerdo con la posición de las Denunciantes y la Comisión según las cuales al emitir la definición de "espacios públicos cerrados" mediante la Ordenanza 349-MM, la Municipalidad contravino el Principio de Legalidad del TUO de la LPAG que rige la actuación de las entidades administrativas<sup>47</sup> al exceder las competencias que le fueron otorgadas por ley, en particular, por Ley Antitabaco, la LOM y la LGS.
137. Finalmente, respecto a la posición la Sala, este colegiado no realizó un análisis de legalidad sobre las competencias de la Municipalidad pues señaló que dicha entidad no habría ejercido formalmente sus facultades normativas pues solo habría replicado la definición prevista en el Reglamento de la Ley Antitabaco<sup>48</sup>. En ese sentido, a su criterio, no había excedido sus competencias ni impuesto una barrera burocrática ilegal.
138. Difiero de la posición de la Sala pues si bien la Municipalidad replicó la definición del Reglamento de la Ley Antitabaco, la incorporó a su jurisdicción como una norma de carácter general, esto es, una Ordenanza Municipal en cumplimiento con el procedimiento de aprobación previsto para ello. En otras palabras, al incorporarla por medio de una Ordenanza Municipal ejerció sus facultades normativas como gobierno local bajo el instrumento normativo de mayor jerarquía en el ámbito de su competencia.

---

<sup>47</sup> **Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General**  
**"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo"**

*1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo.*

**1.1. Principio de legalidad.** - *Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas."*

<sup>48</sup> Para mayor detalle, ver el considerando 56 de la Resolución No. 0199-2013/SDC-INDECOPI.

139. Por tanto, considero que el incluir en una norma municipal un texto o definición ya previsto en otra norma no implica que la Municipalidad está dejando de ejercer sus facultades normativas. Todo lo contrario, tanto las ejerce que ha decidido incorporar dicha definición de forma expresa y, por ejemplo, ha elegido no hacer solo una referencia a la misma.
140. Bajo dicho razonamiento, cualquier entidad que al emitir una norma replique definiciones o regulaciones ya previstas en otras normas, no estaría ejerciendo facultades normativas. Este criterio carecería de sentido considerando, por ejemplo, que las municipalidades distritales deben incorporar en sus normas locales ciertos parámetros contenidos en leyes o reglamentos como, por ejemplo, requisitos para la licencia de funcionamiento o similares. Según la Sala, en este supuesto el único que ejercería facultades normativas sería el Congreso que emitió la ley y no los cientos de municipalidades que lo incorporan a su legislación local.
141. Por tanto, considero que el análisis de la Sala es incorrecto al omitir analizar las competencias de la Municipalidad pues, como se ha demostrado en esta sección, la potestad normativa debe ser asignada vía ley (Morón Urbina. Juan Carlos, 2020).
142. Por todo lo anterior, mi posición es que la Municipalidad no contaba con competencias normativas para desarrollar en la definición de "espacio público cerrado" en la Ordenanza 349-MM y, por tanto, dicha medida constituye una barrera burocrática ilegal.

### **III.2 ¿La prohibición de fumar en “espacios públicos cerrados” bajo la definición de la Ordenanza 349-MM es contraria a la definición contenida en la Ley Antitabaco?**

143. En el supuesto negado que se considere que la Municipalidad sí contaba con facultades normativas para desarrollar la definición de “espacio público cerrado”, esta definición **constituye una barrera burocrática ilegal pues incluye un concepto de “espacio público cerrado” más amplio que el establecido en el artículo 3 de la Ley Antitabaco.**
144. Para responder a esta pregunta, abordamos las siguientes subpreguntas:

#### **III.2.1 ¿Cuál es el concepto de “espacio público cerrado” según la Ley Antitabaco?**

145. Según el artículo 3 de la Ley Antitabaco, los “espacios públicos cerrados” son aquellos lugares “*cubiertos por un techo y cerrado entre paredes*” independientemente del material y tipo de estructura:

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

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

***3.2 Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del***

**material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.**

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

[Énfasis agregado]

146. Para dilucidar el significado de la frase "espacios públicos cerrados" del artículo 3 de la Ley Antitabaco aplicaremos los siguientes métodos de interpretación de normas: literal, histórico, sistemático y lógico o de *ratio legis*.

- **Método literal**

147. Según el profesor RUBIO, el método literal de interpretación de normas "*consiste en averiguar lo que denota una norma mediante el uso de reglas lingüísticas propias del entendimiento común del lenguaje escrito de la norma utilizando la gramática y el diccionario*"<sup>49</sup>.

148. La Real Academia de la Lengua Española define la palabra "cerrar" de la siguiente forma<sup>50</sup>:

**"1. tr. Hacer que el interior (de algo) quede incomunicado con el exterior. (...)**

**2. tr. Poner (una puerta, una tapa, un cerrojo o algo similar) en la posición que *deja una cosa incomunicada con el exterior.***

(...)

**11. tr. Impedir el paso (por un lugar, espec. una vía o camino)."**

[Énfasis agregado]

149. En ese sentido, los espacios públicos cerrados se refieren a aquellos espacios que no tienen comunicación con áreas exteriores. Entonces, la mención a lugares "cerrados entre paredes" donde corresponde aplicar la prohibición se refiere a los espacios cuya distribución genera que no tengan comunicación con áreas exteriores por lo que, si una persona consume cigarrillos, la configuración este espacio -sin comunicación al exterior- no permitiría que circule aire libre de humo de tabaco.

150. De otro lado, si la distribución de un espacio público permite la salida del humo de tabaco, no se considerará como un espacio público cerrado, bajo la definición del artículo 3. Ello pues, si este espacio público tiene una parte que lo conecta con el exterior (por ejemplo, por la ausencia de paredes) que permite que circule aire libre de humo de tabaco, no se trataría de un espacio público cerrado sino abierto y, por tanto, no estará incluido dentro de la prohibición dispuesta en la Ley Antitabaco.

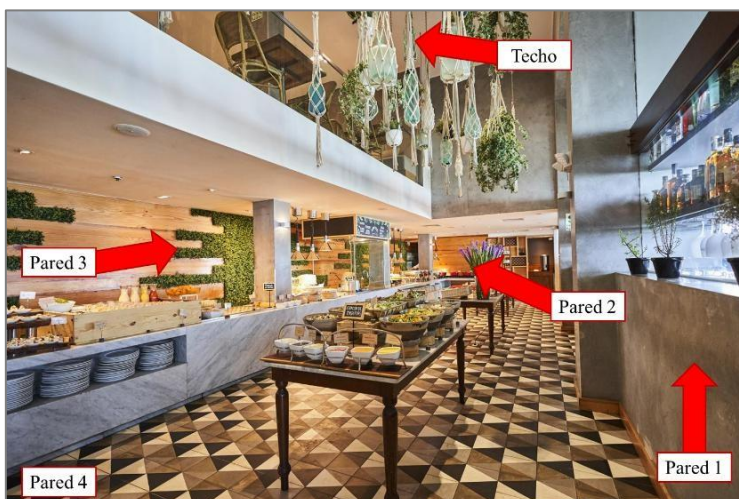
151. Finalmente, conforme al artículo 3, la definición de "espacios públicos cerrados" incluye, de forma concurrente a los espacios (i) "*cubiertos por un techo*" y (ii) "*cerrados entre paredes*". En ese sentido, este concepto no incluirá a aquellos espacios que no tengan

<sup>49</sup> "Para el método literal, el procedimiento de interpretación consiste en averiguar lo que la norma denota mediante el uso de las reglas lingüísticas propias al entendimiento común del lenguaje escrito en el que se halla producida la norma, salvo que los términos utilizados tengan algún significado jurídico específico y distinto del común, en cuyo caso habrá que averiguar cuál de los dos significados está utilizando la norma. Es decir, el método literal trabaja con la gramática y el diccionario." (Rubio Correa, 2011)

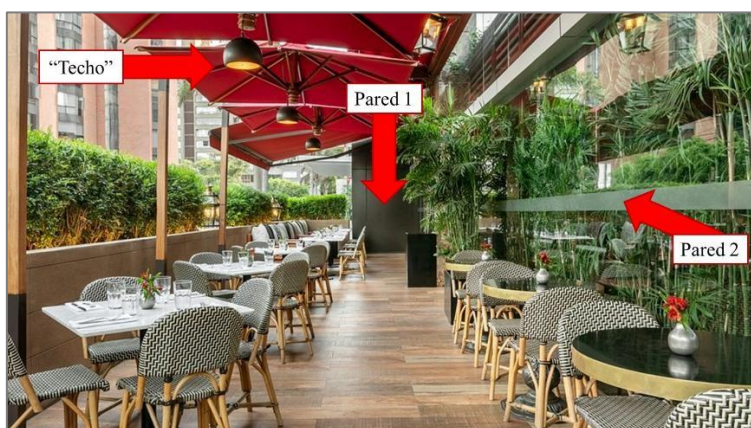
<sup>50</sup> Definición obtenida de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en: <https://www.rae.es/diccionario-estudiante/cerrar>

un techo o que no se encuentren cerrados entre paredes, esto es, un espacio público cuya distribución permita la salida del humo de tabaco.

152. A modo de ejemplo, un espacio público cerrado podría ser el salón principal de un restaurante cerrado entre paredes y cuya distribución no permita la circulación del humo de tabaco. En este supuesto, estará prohibido el consumo de tabaco dentro del establecimiento:



153. Por el contrario, en una terraza que no está cerrada entre paredes -aun cuando tenga más de una (1) pared- y que permite la circulación de aire no sería aplicable dicha prohibición:



154. Por tanto, de una interpretación literal de la norma, tenemos que la definición de “espacio público cerrado entre paredes” recogida en el artículo 3 de la Ley Antitabaco se refiere a los espacios sin comunicación con exteriores y cuya distribución no permite la salida de humo de tabaco. En ese sentido, no calificará como espacio público cerrado aquellos espacios públicos que permiten la circulación del humo de tabaco sea que tengan una (1) o más paredes.

- **Método histórico**

155. Según el profesor RUBIO, para el método histórico de interpretación de normas se debe recurrir a “los antecedentes jurídicos directamente vinculados a la norma a fin de dilucidar la intención del legislador” al dictarla<sup>51</sup>.
156. La primera versión de la Ley Antitabaco fue emitida mediante la Ley No. 28705 publicada el 6 de abril de 2006. Si bien esta versión inicial recogía el mismo objetivo de prevención y mitigación del consumo de tabaco, el artículo 3 preveía la posibilidad de que los establecimientos puedan designar áreas para fumadores separadas físicamente de las áreas donde se prohíbe fumar, siendo que se deberá contar con mecanismos que impidan el paso el humo al resto del local:

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

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

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

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

[Énfasis agregado]

157. En comparación con la redacción anterior, la nueva versión de la norma (2010) fue más restrictiva pues incorporó nuevos lugares donde está prohibido fumar y eliminó la posibilidad de designar áreas para fumadores en espacios públicos cerrados:

	<b>Ley No. 28705 (2006)</b>	<b>Ley Antitabaco (2010)</b>
Lugares prohibidos	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Establecimientos de salud</li> <li>✓ Establecimientos dedicados a educación</li> <li>✓ Dependencias públicas</li> <li>✓ Cualquier medio de transporte público.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Establecimientos de salud</li> <li>✓ Establecimientos dedicados a educación</li> <li>✓ Dependencias públicas</li> <li>✓ Cualquier medio de transporte público.</li> <li>✓ <b><u>Interiores de los lugares de trabajo</u></b></li> <li>✓ <b><u>Espacios públicos cerrados</u></b></li> </ul>

<sup>51</sup> “Para el método histórico la interpretación se hace recurriendo a los contenidos que brindan los antecedentes jurídicos directamente vinculados a la norma de que se trate. Este método se fundamenta en que el legislador siempre tiene una intención determinada al dar la norma jurídica, llamada intención del legislador, que debe contribuir decisivamente a explicarnos su sentido.” (Rubio Correa, 2011)

Requisitos áreas de fumadores	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Separadas físicamente de las áreas donde se prohíbe fumar</li> <li>✓ Mecanismos que impidan el paso del humo hacia el resto del local</li> <li>✓ Ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior.</li> </ul>	<p><b><u>No se permiten áreas para fumadores</u></b> en centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares y otros centros de entretenimiento</p>
-------------------------------	---	---

158. En efecto, como se puede observar, la posibilidad de designar un área para fumadores bajo la condición, entre otros, de que tuviera extracción del aire hacia la exterior evidencia que bajo la regulación anterior era posible designar lugares para fumadores cerrados entre paredes, situación que bajo la Ley Antitabaco ya no sería posible.
159. Los antecedentes de la modificación legislativa reflejan precisamente eso: el legislador buscaba prohibir que se designen áreas para fumadores en los establecimientos. Incluso, como veremos a continuación la posición inicial era prohibirlo en áreas comunes abiertas, sin embargo, durante la tramitación de las propuestas legislativas las definiciones se fueron modificando y ajustando a criterios de razonabilidad considerando, entre otros, el derecho a la libertad de empresa y los derechos de los fumadores al libre desarrollo de su personalidad.
160. Si bien esta modificación legislativa se origina en los Proyectos de Ley No. 2996/2008-CR y 3008/2008-CR, es a raíz del Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso (“Comisión de Consumidor”) del 27 de mayo de 2009 que se propone modificar el artículo 3 y se proponen nuevas áreas para la prohibición:

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

*3.1 Prohibase fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación sean públicos o privados, en las dependencias públicas y en cualquier medio de transporte público.*

***3.2 Prohibase también fumar en las áreas cerradas de los lugares de trabajo, hoteles, restaurantes, cafés, bares, discotecas, otros centros de entretenimiento y demás lugares de acceso al público, así como en los corredores, pasadizos o escaleras y otras vías comunes de circulación obligatoria de dichos lugares.***

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

[Énfasis agregado]

161. Dicha modificación se justificó en que la regulación vigente a esa fecha, que permitía habilitar zonas de fumadores, no sería acorde al Convenio Marco y “no garantiza[ba] una protección efectiva a las personas no fumadoras; por lo que debería avanzarse hacia una prohibición integral de fumar en espacios cerrado de acceso al público<sup>52</sup>”.
162. En un Dictamen posterior de la Comisión al Consumidor de junio de 2009, además, se resaltó que “la prohibición de fumar en espacios cerrados de establecimientos debía

<sup>52</sup> Dictamen de la Comisión de Consumidor del 27 de mayo de 2009, pág. 15.

*incluir a espacios comunes” como corredores, escaleras, entre otros, indicando que “no existe la prohibición absoluta de fumar en las áreas libres de estos lugares<sup>53</sup>”. Ello pues “se protege a los no fumadores y de desincentiva a fumar en esos lugares; y se deja a salvo la libertad de los fumadores a que puedan hacerlo en lugares donde no perjudiquen a los demás<sup>54</sup>”.*

163. Hasta este punto, se puede observar que la intención del legislador al modificar el artículo 3 de la Ley No. 28705 era incluir áreas adicionales donde estaría prohibido el consumo de tabaco pues la separación previamente habilitada por la norma no sería suficiente para proteger a los no fumadores. En ese sentido se planteó incluir como lugares prohibidos a las “áreas cerradas” y zonas comunes en la medida que en estos lugares los no fumadores se verían perjudicados por el humo de tabaco. Por el contrario, a las áreas libres, cuya distribución no perjudicaba a los no fumadores, no les sería aplicable dicha prohibición.
164. Posteriormente, en marzo de 2010, la Comisión de Consumidor propuso un nuevo texto sustitutorio donde se desarrolló una primera definición del concepto de “espacios públicos cerrados”:

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

*3.1 Prohibase fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, sean públicos o privados, en las dependencias públicas y en cualquier medio de transporte público.*

*3.2 Prohibase fumar en los interiores de los lugares de trabajo, sean privados o estatales; y en los espacios públicos cerrados de los hoteles, restaurantes, cafés, bares, discotecas, casinos, otros centros de entretenimiento y demás lugares de acceso al público; los que son ambientes ciento por ciento (100%) libres de humo de tabaco.*

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

*3.4 El Reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados.”<sup>55</sup>*

[Énfasis agregado]

165. En esa oportunidad, el legislador propuso que la definición de “espacios públicos cerrados” sea un espacio “*cubierto por un techo o cerrado entre una o más paredes o muros*” [Énfasis agregado]. No obstante, en un texto sustitutorio posterior, de 30 de marzo de 2010, el legislador modificó dicha definición y la hizo más restrictiva limitando los supuestos de prohibición de la norma al establecer que un “espacio público cerrado” sería aquel “*cubierto por un techo y cerrado entre paredes*” [Énfasis agregado]:

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

<sup>53</sup> *Ídem.*

<sup>54</sup> Dictamen de la Comisión de del 11 de junio de 2009, pág. 21.

<sup>55</sup> Texto sustitutorio de los Proyectos de Ley No. 2996/2008-CR y 3008/2008-CR del 17 de marzo de 2010, pág. 1.

3.1 *Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados, y en cualquier medio de transporte público; los que son ambientes cien por ciento (100%) libres de humo de tabaco.*

3.2 *Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados a todo aquel lugar o 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.”*<sup>56</sup>

[Énfasis agregado]

166. Como se puede observar, al regular la definición de “espacios públicos cerrados” el legislador evaluó establecer una definición amplia (cerrado entre una o más paredes), sin embargo, finalmente optó por restringir dicho concepto a espacios “*cerrados entre paredes*”. En ese sentido, en ningún caso se podría interpretar que el significado de este concepto se refiere a espacios con una (1) o más paredes, pues ello sería contrario a la intención del legislador.
167. El texto con la definición “cerrado entre paredes” fue finalmente sometido a debate del Pleno del Congreso, donde se reconoció que la prohibición sería aplicable a los espacios públicos cerrados bajo la definición de la norma y no a espacios abiertos como una terraza:

*“El señor GONZALES POSADA EYZAGUIRRE (PAP).-*

*(...) Lo primero que se consideró es evidentemente el plazo de adecuación que es de 360 días, eso es un paso importante; también **la definición de lo que se entiende por espacios interiores o espacios públicos cerrados que se señala con toda precisión, es aquel lugar de trabajo de acceso al público, se encuentra cubierto —dice por un techo y cerrado entre paredes, independientemente el material utilizado para el techo de que la estructura sea permanente o temporal. Quiere decir eso que con esta característica se diluye la preocupación que existía en alguna persona que un lugar fuera una terraza, eso no es un lugar cerrado porque no está cubierto de paredes”***<sup>57</sup>.

[Énfasis agregado]

168. Finalmente, esta redacción fue aprobada por el Congreso como parte del artículo 3 de la Ley Antitabaco según la cual los “espacios públicos cerrados” donde está prohibido el consumo de tabaco se refería a un espacio “*cubierto por un techo y cerrado entre paredes*”. Conforme a lo antecedentes descritos, esta definición no podría ser interpretada como un espacio cerrado con una (1) o más paredes ni podría incluir a las terrazas.

<sup>56</sup> Texto sustitutorio de los Proyectos de Ley No. 2996/2008-CR y 3008/2008-CR del 30 de marzo de 2010, pág. 1.

<sup>57</sup> Diario de Debates del Pleno del Congreso de la República, Segunda Legislatura Ordinaria de 2009, 3era sesión, 30 de marzo de 2010, págs. 42-43.

169. Si la intención del legislador hubiera sido que los “espacios públicos cerrados” se refieran a espacios con: una (1) sola pared, con más de una (1) pared, con dos (2) o con tres (3) paredes, lo hubiera indicado expresamente así en la norma como lo hizo en una de las primeras versiones de la Ley Antitabaco. No obstante, el legislador descartó otras opciones y optó por la definición de “*cerrado entre paredes*”.
170. Cabe señalar que, a diferencia de la Ley Antitabaco, que conformaba el marco normativo vigente a la fecha de la denuncia, en la nueva “*Ley del control del consumo de productos de tabaco, nicotina o sucedáneos de ambos para la protección de la vida y la salud – Ley No. 32159*” (“Nueva Ley Antitabaco”) vigente desde el 12 de noviembre de 2024, el legislador incluyó como definición de “espacio público cerrado” que este “*tenga dos o más paredes*”<sup>58</sup>. Lo anterior evidencia que la definición de la Ley Antitabaco de “cerrado entre paredes” tampoco podía ser entendida como un lugar con dos (2) o más paredes.
171. Por tanto, bajo el método de interpretación histórica de la norma, la definición de “espacio público cerrado” recogida en el artículo 3 de la Ley Antitabaco se refiere a un espacio cubierto o cerrado entre paredes. Según los antecedentes de la norma, esta definición no podría ser interpretada como un espacio cerrado con una (1) o más paredes ni podría incluir a las terrazas.

- **Método lógico o de *ratio legis***

172. Para RUBIO, el método de interpretación de la *ratio legis* consiste en determinar el propósito o razón de ser de la norma o, en otras palabras, su razón intrínseca<sup>59</sup>.
173. Conforme al artículo 1 de la Ley Antitabaco, el objeto de esta norma es, entre otros, proteger a las personas de “*la exposición al humo de tabaco, a fin de reducir dicho consumo y exposición de manera continua y sustancial*.”<sup>60</sup>. En ese sentido, las medidas y prohibiciones dispuestas buscan que (i) que las personas no fumadoras no estén expuestas al humo de tabaco -que no han decidido consumir voluntariamente- y (ii) que las personas fumadoras reduzcan su consumo mediante los afiches, carteles y advertencias publicitarias reguladas en la norma que advierten las consecuencias del tabaco.
174. Respecto al punto (i), la Ley Antitabaco establece en su artículo 3 los lugares donde se encuentra prohibido su consumo. Estos incluyen centros de salud, de educación, dependencias públicas, medios de transporte público y, en general, espacios públicos

<sup>58</sup> **Ley del control del consumo de productos de tabaco, nicotina o sucedáneos de ambos para la protección de la vida y la salud – Ley No. 32159**

**“Artículo 6. Restricción al consumo de productos de tabaco, nicotina o sucedáneos de ambos**

6.1. *Se prohíbe fumar o vapear en establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son considerados ambientes cien por ciento libres de humo de tabaco.*

6.2. *Se entiende por espacio público cerrado a todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga dos o más paredes, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura, o de su carácter permanente o temporal.”*

<sup>59</sup> “Según el método de la *ratio legis*, el «qué quiere decir» de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto. En efecto, el lenguaje suele denotar y connotar a la vez. El método de la *ratio legis* busca esclarecer la norma en base a lo connotado. (...) La razón de ser de la norma es llamada *ratio legis* en la teoría y se la debe distinguir de algunas otras figuras aparentemente similares.” (Rubio Correa, 2011)

<sup>60</sup> **Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).**

**“Artículo 1.- Del objeto de la Ley**

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

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

cerrados, esto es, “*espacios cubiertos por un techo y cerrados entre paredes*”. Con ello, esta prohibición busca que las personas que no son fumadoras no se vean perjudicadas por el humo de tabaco presente en un mismo espacio público cerrado que comparte con personas.

175. En efecto, la definición de “espacios públicos cerrados” hace referencia a un espacio incomunicado con el exterior que, por su naturaleza, no permite la circulación de aire siendo que una persona podría verse afectada por el humo de tabaco que una persona fumadora pueda emitir dentro de este mismo lugar. Por el contrario, esta definición no aplicaría a espacios cuya distribución permite la circulación de aire y, con ello, la salida de humo de tabaco, sin causar una afectación a los no fumadores que se encuentren en dicho espacio.
176. Por tanto, bajo el método de interpretación lógica o de *ratio legis*, la definición de “espacio público cerrado” recogida en el artículo 3 de la Ley Antitabaco se refiere a un espacio cerrado entre paredes sin circulación de aire cuya distribución no permite la salida de humo de tabaco y que, por tanto, podría afectar a personas no fumadoras que se encuentren en el mismo espacio.
177. ¿Qué no es un “espacio público cerrado” conforme a la Ley Antitabaco? No es un “espacio público cerrado” un espacio con una (1) o más paredes, una terraza, ni cualquier espacio público que permita la circulación de aire libre de tabaco sin afectar a las personas no fumadoras.

### III.2.2 ¿La definición de “espacio público cerrado” establecida en la Ordenanza 349-MM contraviene el marco normativo?

178. Conforme a la definición establecida en la pregunta anterior, considero que en el supuesto negado que se considere que la Municipalidad cuenta con competencias normativas para ello, **la definición de “espacio público cerrado” establecida en la Ordenanza 349-MM es contraria al Principio de Legalidad pues excede el marco legal previsto por la Ley Antitabaco al proponer una definición más amplia que la contenida en el artículo 3 de la Ley Antitabaco** y, con ello, ampliando ilegalmente los supuestos de prohibición establecidos por ley. Veamos.

- **Límites de la facultad normativa de las municipalidades distritales**

179. Conforme al artículo 194<sup>61</sup> de la Constitución, las municipalidades distritales “*gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos propios de su competencia*”. No obstante, como afirma el Tribunal Constitucional “*no es menos cierto que, dado que el Estado peruano es un Estado descentralizado pero unitario, dichas competencias deben ser ejercidas en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo, tal como lo establece el artículo 195° de la Constitución*”<sup>62</sup>.
180. En esa línea, el Artículo VIII de la LOM establece que los gobiernos locales -que incluye a las municipalidades distritales- “*están sujetos a las leyes y disposiciones*” de carácter general<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Constitución Política del Perú, (1993).

“Artículo 194°.- Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley.”

<sup>62</sup> Sentencia recaída en el Expediente No. 00006-2010-PI/TC, fundamento 9. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00006-2010-AI.html>

<sup>63</sup> Ley Orgánica de Municipalidades, (2003).

“ARTÍCULO VIII.- APLICACIÓN DE LEYES GENERALES Y POLÍTICAS Y PLANES NACIONALES

181. Al respecto, el profesor QUIROGA ha señalado que las municipalidades deben ejercer sus facultades acordes a su ámbito de competencia y dentro de los alcances de las leyes vigentes, con respeto absoluto de la separación de poderes. En ese sentido, afirma que, sin perjuicio de su independencia:

***“[N]o puede pues un Gobierno Local dictar mediante Ordenanzas, imperativos legales de carácter general que transgredan aquellos determinados por las Leyes en sentido estricto, ni tampoco que transgredan el ámbito territorial sobre el cual tienen competencia los Municipios o Gobiernos Locales.***

(...)

***[U]na Ordenanza Municipal, por mucho que sea la norma de mayor jerarquía dentro del ámbito funcional de las Municipalidades, no puede transgredir los límites funcionales de los Gobiernos Locales, ni ingresar pues con ello a esferas competencias de otros órganos estatales, en el presente caso el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, ni menos aún puede expresamente contravenir lo legislado por el Poder Legislativo, dentro del ámbito de su competencia (...)*** (Quiroga, 2000)

[Énfasis agregado]

182. Al respecto, el profesor RUBIO sostiene que, en aplicación del artículo 11<sup>64</sup> de la Ley de Bases para la Descentralización – Ley No. 27783, las normas municipales de carácter general deben ser conforme a la Constitución, a las normas con rango de ley y a la legislación nacional en general, incluyendo a las normas infralegales dictadas por el Poder Ejecutivo y demás órganos del Gobierno Nacional<sup>65</sup>.
183. En ese sentido, si bien las municipalidades distritales cuentan con facultades normativas para emitir Ordenanzas Municipales en el ámbito de sus competencias, esta facultad debe ser ejercida en concordancia con lo dispuesto en las normas de alcance nacional y no puede transgredirlas.
184. Por tanto, en el supuesto negado que se considere que la Municipalidad contaba con facultades normativas para establecer la definición de “espacio público cerrado” en el marco de la Ley Antitabaco, dicha definición debió ser acorde al texto de la propia ley sin limitar, ampliar y/o modificar dicha definición ni los supuestos de prohibición de consumo de tabaco previstos en la norma.

- **Límites de la potestad normativa del Poder Ejecutivo en el marco de la delegación de la Ley Antitabaco**

---

*Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector.”*

<sup>64</sup> **Ley de Bases para la Descentralización, (2002).**

**“Artículo 11.- Ordenamiento jurídico y publicidad de las normas**

*11.1. La normatividad expedida por los distintos niveles de gobierno, se sujeta al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución y las leyes de la República.”*

<sup>65</sup> *“Como ya señalamos que ocurría en el plano regional, también en el caso de los gobiernos locales, las normas que dictan están sometidas a la legislación nacional por mandato del artículo 11 de la Ley de Bases de la Descentralización ya citado anteriormente en la parte referente a la legislación del plano regional. Como dijimos en aquella parte, las normas municipales de carácter general deben ser conforme a la legislación nacional en general y no solo a la Constitución y a las normas con rango de ley. Esto quiere decir que también deben ser conformes a las normas generales de tercer rango dictadas por el Poder Ejecutivo y los demás órganos del Gobierno Nacional con atribución de dictar normas generales, cuya emisión se haya regulada por el artículo 118 inciso 8 de la Constitución.”* (Rubio Correa, 2011)

185. Si analizamos la legalidad de la definición partiendo del Reglamento de la Ley Antitabaco emitido por el MINSA, dicha potestad reglamentaria debió ser ejercida dentro de los límites de la Ley Antitabaco sin modificar ni desnaturalizar la definición de “espacio público cerrado” establecida en el artículo 3.
186. El inciso 8 del artículo 118 de la Constitución establece que el Presidente de la República puede “*ejercer la potestad de reglamentar las leyes **sin transgredirlas ni desnaturalizarlas**; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones*”<sup>66</sup>. [Énfasis agregado]. Al respecto, el artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo – Ley No. 29158 (“LOPE”) establece las normas a las que se sujeta la potestad reglamentaria según el siguiente detalle:

**“Artículo 13.- Potestad reglamentaria**

*La potestad reglamentaria del Presidente de la República se sujeta a las siguientes normas:*

- 1. El proyecto de norma reglamentaria es elaborado por la entidad competente. Se tramita acompañado de la exposición de motivos, los informes, estudios y consultas realizados.*
- 2. Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. No pueden transgredir ni desnaturalizar la ley. Se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley.*
- 3. Los proyectos de reglamento se publican en el portal electrónico respectivo y por no menos de cinco (5) días calendario, para recibir aportes de la ciudadanía, cuando así lo requiera la Ley.”*

[Énfasis agregado]

187. Conforme a lo anterior, la potestad reglamentaria debe ser ejercida (i) “*sin asumir funciones y atribuciones cumplidas por otros niveles de gobierno*” y sin delegar ni transferir funciones exclusivas<sup>67</sup>, (ii) permitiendo la participación de las personas (por ejemplo, mediante comentarios)<sup>68</sup>, (iii) respetando el régimen jerarquizado y desconcentrado de funciones y competencias<sup>69</sup> y (iv) “*sin transgredir ni desnaturalizar la ley*”.

<sup>66</sup> Constitución Política del Perú, (1993).

“Artículo 118°.- Corresponde al Presidente de la República:

(...) 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.”

<sup>67</sup> Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, (2007).

“Artículo VI.- Principio de competencia

1. El Poder Ejecutivo ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno.

2. El Poder Ejecutivo ejerce sus competencias exclusivas, no pudiendo delegar ni transferir las funciones y atribuciones inherentes a ellas.”

<sup>68</sup> Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, (2007).

“Artículo IV.- Principio de participación y transparencia

Las personas tienen derecho a vigilar y participar en la gestión del Poder Ejecutivo, conforme a los procedimientos establecidos por la ley. Para ello, las entidades del Poder Ejecutivo actúan de manera que las personas tengan acceso a información, conforme a ley.”

<sup>69</sup> Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, (2007).

“Artículo V.- Principio de organización e integración

Las entidades del Poder Ejecutivo:

1. Se organizan en un régimen jerarquizado y desconcentrado cuando corresponda, sobre la base de funciones y competencias afines, evitando la duplicidad y superposición de funciones.”

188. En ejercicio de esta potestad, se pueden emitir reglamentos ejecutivos o de ejecución de leyes. Estos reglamentos “*presuponen la dación y vigencia de una norma con rango de ley que contenga una regulación básica de la materia a reglamentar, a la cual se subordina la potestad reglamentaria*”<sup>70</sup>. En otras palabras, estos reglamentos existen porque una norma con rango de ley lo delegó así al Poder Ejecutivo.
189. Al respecto, el profesor MORÓN señala que este tipo de reglamentos “*constituye[n] solo y exclusivamente el desenvolvimiento de las reglas incluidas en la ley a la cual pretende reglamentar*”<sup>71</sup>. En ese sentido, sostiene que un reglamento no puede modificar, corregir o limitar una ley:

*“En este marco, **el reglamento** es una norma idónea para precisar, desarrollar, pormenorizar o complementar en lo indispensable una disposición legal para asegurar su mejor ejecución, pero **no puede modificar, suspender, desnaturalizar, limitar o corregir una ley, ni tampoco para limitar los derechos ciudadanos o situaciones jurídicas favorables que la ley establece, o ampliar o endurecer las obligaciones o situaciones desfavorables.**”*

[Énfasis agregado]

190. Así, un reglamento emitido en el marco de una norma con rango de ley no podría, por ejemplo, modificar ni desnaturalizar una definición prevista en la ley que pretende reglamentar. Asimismo, si la ley que lo origina reconoce derechos a favor de los administrados o prevé situaciones jurídicas favorables para éstos, el reglamento no podría establecer limitaciones ni desconocerlos. En esa línea, si la ley que lo origina establece obligaciones para los administrados o situaciones desfavorables (como restricciones o prohibiciones al ejercicio de derechos), el reglamento no podría ampliar dichas obligaciones o situaciones ni endurecerlas.
191. Por tanto, al ejercer la potestad reglamentaria las entidades deberán cumplir con: (i) no asumir funciones y atribuciones de otros niveles de gobierno, ni delegar ni transferir funciones exclusivas, (ii) permitir la participación ciudadana, (iii) respetar el régimen jerarquizado y desconcentrado de funciones y competencias y (iv) no transgredir ni desnaturalizar la ley. Esto último entendido como no modificar, desnaturalizar o corregir el contenido de una ley ni ampliar las prohibiciones o restricciones establecidas en ésta.
192. Tomando en cuenta lo anterior, una norma reglamentaria que modifique o desnaturalice el contenido de la ley que la origina y, por ejemplo, amplíe los supuestos de prohibición previstos expresamente en la ley, excederá la potestad reglamentaria delegada y, por tanto, será ilegal.
193. En el caso particular, el artículo 3 de la Ley Antitabaco estableció la prohibición de fumar en los “espacios públicos cerrados” que, conforme a la ley fueron definidos como “*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.*” Al respecto, en inciso 3.3 se facultó al Poder

<sup>70</sup> “Desde la perspectiva de su relación inmediata o no con alguna ley, tenemos la diferencia entre los reglamentos ejecutivos o de ejecución de leyes y los reglamentos autónomos según sea.

Los primeros presuponen la dación y vigencia de una norma con rango de ley (ley formal, decreto legislativo, decreto de urgencia, ley orgánica, etc.) que contenga una regulación básica de la materia a reglamentar, a la cual se subordina la potestad reglamentaria.” (Morón Urbina. Juan Carlos, 2020)

<sup>71</sup> *Idem*

Ejecutivo a emitir un reglamento que establecería “*las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados.*”.

194. Conforme a lo desarrollado previamente, esta potestad reglamentaria debía ser ejercida en el marco de los límites previstos en la LOPE sin transgredir ni desnaturalizar el contenido de la Ley Antitabaco y, en específico, del artículo 3 que delegó dicha potestad reglamentaria. En ese sentido, el reglamento emitido por el MINSA debía desarrollar las especificaciones del concepto de “espacios públicos cerrados” pero sin modificar, desnaturalizar o corregir la definición prevista en la Ley Antitabaco ni ampliar los supuestos de prohibición de consumo de tabaco previstos en ésta.
195. Así, por ejemplo, el reglamento emitido por el MINSA no podría establecer una definición de “espacios públicos cerrados” distinta o contraria al concepto de “*cerrado entre paredes*”. Asimismo, tampoco podría mediante una definición distinta ampliar los tipos de establecimientos contemplados bajo dicho concepto según la ley y, con ello, ampliar los lugares previstos por ley como sujetos a la prohibición de consumo de tabaco.
196. Por lo tanto, sea una norma emitida por la Municipalidad o por el MINSA, el desarrollo de la definición de “espacio público cerrado” **debió ser acorde al texto del artículo 3 de la Ley Antitabaco sin limitar, ampliar y/o modificar la definición establecida en la norma ni supuestos de prohibición de consumo de tabaco previstos expresamente.**

- **Principio de Tipicidad y límites a la libertad de empresa**

197. Además de los límites mencionados, una regulación como la establecida por la Ordenanza 349-MM y el Reglamento de la Ley Antitabaco no debería ir en contra del Principio de Tipicidad y ni restringir injustificadamente la libertad de empresa de las Denunciantes.
198. El artículo 58 de la Constitución Política del Perú establece como regla general que “*la iniciativa privada en materia económica es libre*” y que “*se ejerce en una economía social de mercado*”<sup>72</sup>. Asimismo, el artículo 59 de esta norma señala que el Estado “*garantiza la libertad de empresa, comercio e industria*” agregando que su ejercicio “*no debe ser lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública*”<sup>73</sup>.
199. Por tanto, la Constitución reconoce la existencia de libertad de empresa como medio para desarrollar actividades económicas, pero, al mismo tiempo, establece que esta libertad puede tener restricciones relacionadas a bienes jurídicos que el Estado tenga el mandato de proteger (moral, salud y seguridad).
200. Cuando el Estado tenga la necesidad de establecer estas restricciones, se deberá optar por aquella medida que implique la menor intervención estatal en los privados y permitir, en la medida de lo posible, el mayor grado de libertad en el ejercicio de sus derechos. En ese sentido, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, las actuaciones

---

<sup>72</sup> **Constitución Política del Perú, (1993).**

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

<sup>73</sup> **Constitución Política del Perú, (1993).**

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

estatales estarán sujetas a los principios de razonabilidad y proporcionalidad a fin de que las medidas que se emitan no sean excesivas<sup>74</sup>.

201. Por tanto, si bien el ordenamiento jurídico y el modelo económico de economía social de mercado recogido en la Constitución consagran la libertad de empresa, el ejercicio de esta libertad no es absoluto y podrá estar sujeto a determinadas restricciones. Estas restricciones deberán responder, por ejemplo, a materias como la moral, salud y seguridad y deberán emitirse bajo criterios de razonabilidad de tal manera que la intervención a los derechos de los privados no sea arbitraria ni desproporcional.
202. Así, por ejemplo, el Estado podrá establecer restricciones respecto al ejercicio de las actividades económicas de los privados como, por ejemplo, la necesidad de contar con registros sanitarios para producir alimentos o bebidas, permisos ambientales necesarios para operar, horarios de atención específicos, determinar qué actividades puede realizar y cuáles están prohibidas según la zonificación y el giro del negocio, tipo de publicidad permitido según el medio, destinatario y producto ofrecido, usos y prohibiciones dentro de un local comercial, entre otros. Estas restricciones deberán ser consistentes con el marco normativo aplicable (legalidad de forma y de fondo) y ser proporcionales a la intervención a la libertad de empresa de los privados.
203. En ese sentido, al tratarse de una excepción a la libertad de empresa consagrada en la Constitución como fundamento de la economía social de mercado, las restricciones o prohibiciones que emita el legislador deberán ser interpretadas de tal forma que dicha intervención sea proporcional y no excesiva, conforme a los fines de la norma y que implique la menor intervención estatal y el mayor grado de libertad en el ejercicio de los derechos de los privados. Una interpretación que extienda una restricción a la libertad de empresa más allá de lo establecido expresamente por el legislador será ilegal.
204. Teniendo ello en cuenta, en ningún caso una restricción o prohibición dispuesta por el legislador en una norma con rango de ley podrá ser interpretada de forma análoga o extensiva. Así, lo establece expresamente el Principio de Tipicidad del TUO de la LPAG:

***“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa***

*La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:  
(...)*

*4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, **sin admitir interpretación extensiva o analogía.***

***Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.”***

[Énfasis agregado]

205. Por tanto, si bien la libertad de empresa reconocida en la Constitución no es absoluta, las restricciones que puede establecer el Estado por razones como la salud pública

---

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 2868-2004-AA/TC, fundamento 21.

tienen como límite la razonabilidad de tal manera que la intervención a los derechos de los privados no sea arbitraria ni desproporcional. En ese sentido, cuando el Estado establezca dichas restricciones o prohibiciones, deberán ser interpretadas conforme a lo dispuesto expresamente sin admitir interpretaciones que restrinjan la libertad de empresa más allá de lo establecido por el legislador.

206. Un ejemplo de restricciones a la libertad de empresa que han establecidas por autoridades competentes y están debidamente fundadas en un interés público tutelable es el caso de prohibiciones de publicidad del tabaco en las condiciones determinadas por el legislador orientadas a proteger la salud pública. Veamos.
207. Conforme a lo desarrollado previamente, la libertad que poseen los anunciantes para difundir sus mensajes publicitarios no es absoluta. Por el contrario, esta libertad estará sujeta a restricciones que el ordenamiento legal puede imponer, las mismas que se fundamentan en la existencia interés público (salud pública) que es superior a los intereses privados de los anunciantes.
208. En ese sentido, la Ley Antitabaco y su Reglamento establecen una serie de prohibiciones que al ser límites a la libertad de empresa deben ser interpretados según su literalidad y contexto, sin admitir interpretaciones análogas o amplias y mucho menos la creación de nuevas prohibiciones no previstas por parte de entidades no competentes.
209. Así, por ejemplo, en caso resuelto por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (“CCD”) en 2011 se desestimó que una empresa productora de tabaco este incurriendo en una conducta desleal por infracción de normas pues la conducta imputada no estaba prevista expresamente como una prohibición en la Ley Antitabaco sino en una norma con rango infralegal la cual, conforme a los Principios de Legalidad y Tipicidad del TUO de la LPAG, no podía ampliar estos supuestos de prohibición.
210. En este caso, la empresa productora de tabaco fue denunciada por exhibir publicidad de un producto de tabaco dentro de un autoservicio, conducta que sería contraria al Reglamento de la Ley Antitabaco. Al respecto, la CCD evaluó si la disposición del Reglamento de la Ley Antitabaco era acorde al Principio de Tipicidad. Para ello, analizó la lista de prohibiciones de publicidad de la Ley Antitabaco y determinó que el Reglamento estaba creando una nueva prohibición no prevista en la ley:

*“Luego de un análisis de las disposiciones citadas, la Comisión observa que en cuanto a establecimientos, la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco restringe la prohibición de difusión de publicidad de productos de tabaco a los establecimientos dedicados a la salud o a la educación sean públicos o privados y en las dependencias públicas. No obstante ello, el Reglamento de la referida ley generaliza dicha prohibición, estableciendo en tal sentido, que la publicidad de tabaco no debe ser exhibida, ni puesta al alcance de menores de 18 años de edad en lugares de atención al público. Al respecto, la Comisión considera que es evidente que el Reglamento al establecer la mencionada prohibición, no especifica alguno de los supuestos del artículo 17 de la Ley, sino que establece una nueva conducta sancionable.”<sup>75</sup>*

[Énfasis agregado]

---

<sup>75</sup> Ver: Resolución 085-2011/CCD-INDECOP del 18 de mayo de 2011, pág. 8

211. Con ello en cuenta, la CCD estableció que conforme al Principio de Tipicidad solo pueden ser sancionables las conductas previstas por ley “*sin admitir interpretación extensiva o analogía*” por lo que el Reglamento de la Ley Antitabaco no se ajusta a dicho principio y, por tanto, esta prohibición no era aplicable a la empresa imputada:

***“En tal sentido, debe tenerse en cuenta que conforme al principio de tipicidad, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía, por lo que es claro que la conducta establecida como infracción en el numeral 33.2 del artículo 33 del Reglamento de la Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, no se ajusta a lo establecido por el mencionado principio. En efecto, con el principio de tipicidad no sólo se busca dotar de seguridad jurídica a los administrados respecto a las conductas que pueden constituir infracciones administrativas, sino también que las leyes no sean transgredidas, ni desnaturalizadas por los instrumentos normativos que las reglamenten.”***<sup>76</sup>

[Énfasis agregado]

212. Por tanto, bajo el criterio de la CCD, una prohibición creada por una norma con rango infralegal que exceda los supuestos previstos en la ley no será aplicable por vulnerar el Principio de Legalidad y Tipicidad. En este caso, dicha prohibición no será oponible a los administrados.
213. Es importante traer a colación que este criterio fue flexibilizado por la Comisión en una decisión posterior donde validó que mediante el Reglamento de la Ley Antitabaco se puedan establecer o desarrollar otros supuestos de prohibición como, por ejemplo, prohibir la publicidad en lugares de atención al público donde puedan ingresar menores de edad. No obstante, esta flexibilización hacia las regulaciones reglamentarias no alcanzó a las ordenanzas municipales. En efecto, si bien la Comisión ha permitido que el referido Reglamento amplíe supuestos de prohibición de publicidad, no lo ha hecho así con las ordenanzas municipales a quienes por competencia no les permite ejercer competencias normativas en materia de prevención y consumo de tabaco.
214. En un caso resuelto en 2018, la Sala declaró que la prohibición de exhibir productos de tabaco en lugares donde accedan menores de edad establecida en una ordenanza de la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar constituía una barrera burocrática ilegal. Para ello, (i) determinó que esta prohibición era más amplia que las existentes que solo prohibían la publicidad de dichos productos, mas no su exhibición y (ii) verificó que las municipalidades distritales no contaban con competencias normativas materia de prevención y consumo de tabaco para crear nuevas prohibiciones y, por tanto, la entidad había excedido sus atribuciones legales.
215. En la Resolución No. 0373-2018/SEL bajo comentario, la Sala revocó la decisión de la Comisión que, en primera instancia, consideró que la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar no había establecido una regulación adicional a la prohibición de publicidad de tabaco en lugares de atención al público<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pág. 9

<sup>77</sup> Ver Resolución No. 0601-2017/CEB-INDECOPI del 3 de noviembre de 2017, fundamentos 23 y 24.

216. Para ello, en primer lugar, la Sala determinó que la Ley Antitabaco y su Reglamento habían otorgado a las municipalidades atribuciones de fiscalización y sanción del cumplimiento de estas normas por lo que podían emitir ordenanzas municipales que viabilicen el ejercicio de estas labores<sup>78</sup>. En ese sentido, correspondía evaluar si la prohibición de exhibición de productos denunciada como barrera ya estaba regulada en dichas normas y que, por tanto, al emitir la ordenanza *“solamente se encuentra replicando y no creando una normativa adicional a lo regulado por la Ley 28705 y el Reglamento”*<sup>79</sup>.
217. Por tanto, el análisis de legalidad de la norma implicaba verificar si la ordenanza municipalidad había solo recogido la regulación ya existente o si, por el contrario, estaba creando más obligaciones y/o prohibiciones para los administrados. Tras determinar que el Reglamento de la Ley Antitabaco solo prohibía la publicidad en dichos locales mas no la exhibición de productos recogida en la ordenanza municipal, la Sala concluyó que *“la prohibición cuestionada es más amplia que la contenida en la normativa específica, por lo que la Municipalidad ha creado y regulado un supuesto distinto a lo señalado en las normas específicas sobre la materia”*<sup>80</sup> [Énfasis agregado].
218. En segundo lugar, luego de determinar que la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar había incorporado una prohibición adicional en materia de prevención y consumo de tabaco, se evaluó si dicha entidad contaba con competencias para ampliar estos supuestos conforme al marco normativo aplicable.
219. Al respecto, la Sala señaló que, si bien la Ley Antitabaco y su Reglamento establecen que las municipalidades tienen atribuciones para vigilar y fiscalizar lo dispuesto en estas normas, estas deben ejercerse conforme a lo establecido en el artículo 125 de la LGS por el cual el ejercicio descentralizado de competencias -como la fiscalización municipal- no implica el ejercicio de competencias normativas salvo que la ley indique lo contrario<sup>81</sup>. Tomando en cuenta lo anterior, la Sala concluyó que las municipalidades pueden emitir ordenanzas para fiscalizar el cumplimiento de estas normas *“mas no para establecer restricciones mayores”*:

*“ 76. Cabe precisar que dicho principio también se encuentra recogido en el artículo VIII de la Ley 27972, conforme se ha expuesto precedentemente, el cual señala que las municipalidades ejercen sus competencias con sujeción a las leyes». Por su parte, también resulta importante resaltar que el artículo 125 de la Ley 26842 explícitamente contempla que el ejercicio descentralizado de competencias de control en materias de salud no supone el ejercicio de competencia normativa.”*

<sup>78</sup> “59. Al respecto, es preciso reiterar que de acuerdo con lo regulado en la Ley 28705 y en el Reglamento, la Municipalidad cuenta con una atribución para fiscalizar el cumplimiento de las referidas normas, así como para sancionar a los administrados por su inobservancia. Lo señalado implica - según el mencionado reglamento - emitir una ordenanza municipal que permita viabilizar el ejercicio de la labor de fiscalización y sanción que ha sido otorgada a la Municipalidad.” Ver Resolución No. 0373-2018-SEL

<sup>79</sup> Ver Resolución No. 0373-2018-SEL, fundamento 60.

<sup>80</sup> Ver Resolución No. 0373-2018-SEL, fundamento 73.

<sup>81</sup> “51. Por tanto, si bien la Ley 28705 y el Reglamento indican que las municipalidades cuentan con atribuciones para vigilar y fiscalizar lo dispuesto en dichas normas, así como para sancionar por su incumplimiento para lo cual pueden emitir las ordenanzas respectivas, el ejercicio de las referidas atribuciones debe sujetarse también a las demás normas que conforman el marco normativo aplicable a la materia, en este caso el sector Salud. En concordancia con lo indicado precedentemente, el artículo 123 de la Ley 26842 señala que el Ministerio de Salud es la Autoridad de Salud a nivel nacional, siendo la máxima autoridad normativa en materia de salud”; y, a su vez, el artículo 125 de la mencionada ley establece que el ejercicio descentralizado de competencias de control en materias de salud no implica - bajo ningún precepto - el ejercicio de competencia normativa, salvo estipulación en contrario de la propia ley (...)” Ver: Resolución No. 0373-2018-SEL

**“78. Entonces, si bien las municipalidades cuentan con competencia de control a fin de fiscalizar el cumplimiento de las referidas normas sectoriales (Ley 28705 y el Reglamento), dicha atribución no supone el ejercicio de competencia normativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley 26842».**

**79. En conclusión, de la revisión de dichas normas, se puede observar que las municipalidades sólo tienen competencia para fiscalizar el cumplimiento de la Ley 28705 y el Reglamento, así como para sancionar su incumplimiento, mas no para establecer restricciones mayores.”<sup>82</sup>**

[Énfasis agregado]

220. En atención a ello, la Sala determinó que la prohibición de exhibir productos de tabaco establecido en la ordenanza municipal era una prohibición adicional a lo regulado en el Reglamento de la Ley Antitabaco y, en la medida de que las municipalidades distritales no cuentan con competencias normativas, declaró que dicha disposición era ilegal:

**“80. En ese sentido, toda vez que en el presente caso, por el literal c) del artículo 8 de la Ordenanza 007-2017-MDMM, la *Municipalidad reguló una prohibición adicional a las ya establecidas en la normativa general, esta Sala considera que dicha entidad ha actuado fuera del ámbito de sus competencias en contravención con lo dispuesto en la Ley 28705 y el Reglamento, así como en los artículos VIII de la Ley 27972 y IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, los cuales señalan que las entidades deben actuar dentro de sus facultades conferidas.***

**81. Por lo expuesto, corresponde declarar barrera burocrática ilegal la prohibición de la exhibición de productos de tabaco en lugares de atención al público donde accedan menores de dieciocho años, materializada en el inciso c) del artículo 8 de la Ordenanza 007-2017-MDMM y, en consecuencia, fundada la denuncia interpuesta en dicho extremo.”<sup>83</sup>**

[Énfasis agregado]

221. Como se puede observar, en este caso, aun cuando validó ilegalmente que el Reglamento de la Ley Antitabaco regule supuestos adicionales a la ley, la Sala optó por interpretar que la prohibición de publicidad en lugares públicos donde accedan menores de edad previsto en la norma infralegal solamente prohibía dicha conducta y no abarcaba otras como la exhibición de estos productos, por lo que la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar había ampliado ilegalmente dichos supuestos.
222. Por lo tanto, si bien la libertad de empresa reconocida en la Constitución no es absoluta, las restricciones que puede establecer el Estado por razones como la salud pública tienen como límite la razonabilidad de tal manera que la intervención a los derechos de los privados no sea arbitraria ni desproporcional. En ese sentido, cuando el Estado establezca dichas restricciones o prohibiciones, deberán ser interpretadas conforme a lo dispuesto expresamente sin admitir interpretaciones que restrinjan la libertad de empresa más allá de lo establecido por el legislador.

---

<sup>82</sup> Resolución No. 0373-2018-SEL

<sup>83</sup> *Ídem*

223. En ese sentido, la Ley Antitabaco establece una serie de prohibiciones que al ser límites a la libertad de empresa deben ser interpretados según su literalidad y contexto, sin admitir interpretaciones análogas o amplias y mucho menos la creación de nuevas prohibiciones no previstas por parte de entidades no competentes. Por tanto, una norma infralegal u ordenanza municipal que cree obligaciones y/o prohibiciones adicionales a la previstas por ley será ilegal por vulnerar en Principio de Legalidad y de Tipicidad del TUO de la LPAG.

- **Legalidad de la definición de “espacios públicos cerrados” de la Ordenanza 349-MM y del Reglamento de la Ley Antitabaco**

224. En el caso particular, las Denunciantes sostienen que la definición prevista en la Ordenanza 349-MM desnaturaliza la definición establecida en la Ley Antitabaco pues resulta más restrictiva al prohibir fumar en ambientes con más de una (1) pared, es decir, que no se encuentran cerrados entre paredes. Sin embargo, la Municipalidad sostiene que dicha definición dota de contenido los alcances de la definición de la Ley Antitabaco y, además, señala que es una copia textual de la definición de “espacios públicos cerrados” incluida en el Reglamento de la Ley Antitabaco emitido por el MINSa.

225. Como se puede observar en el siguiente cuadro comparativo, si bien las definiciones emitidas por el legislador, la Municipalidad y el MINSa coinciden con que un “espacio público cerrado” es un ambiente de acceso público y cubierto por un techo, se diferencian al desarrollar qué se debe considerar como cerrado:

<b>Ley Antitabaco (Congreso)</b>	<b>Ordenanza 349-MM (Municipalidad)</b>	<b>Reglamento de la Ley Antitabaco (MINSa)</b>
<p><b>“Artículo 3.- De la protección contra la exposición al humo de tabaco</b> (...)</p> <p><i>Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre <b>cubierto por un techo y cerrado entre paredes</b>, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.”</i> [Énfasis agregado]</p>	<p><b>“Artículo segundo.- De las definiciones</b> (...)</p> <p><b>- Espacios públicos cerrados:</b></p> <p><i>Todo lugar de acceso público que se encuentre <b>cubierto por un techo y que tenga más de una pared</b>, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente.”</i> [Énfasis agregado]</p>	<p><b>“Artículo 4.- Definiciones</b></p> <p><b>1. Espacios públicos cerrados:</b></p> <p><i>Todo lugar de acceso público que se encuentre <b>cubierto por un techo y que tenga más de una pared</b>, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura y de su carácter temporal o permanente.”</i> [Énfasis agregado]</p>

226. Así, el legislador estableció en la Ley Antitabaco que un “espacio público cerrado” sería aquel “*cerrado entre paredes*” pero para la Municipalidad y el MINSa el concepto de “espacio público cerrado” abarca a los lugares “*que tenga más de una pared*”.

227. Al respecto, la Sala señaló que la definición del artículo 3 de la Ley Antitabaco no era clara ni precisa pues no indicaba el número de paredes con el que se entenderá que un

ambiente se considerará cerrado y, por tanto, donde se aplicará la prohibición de consumo de tabaco. En ese sentido, sostiene que el Reglamento de la Ley Antitabaco desarrolló la definición de “espacio público cerrado”, cumpliendo con su función sin desnaturalizar el texto de la Ley Antitabaco.

228. Por otro lado, el voto en discordia de la vocal Hooker consideró que el Reglamento de la Ley Antitabaco propone una definición más restrictiva de qué debe entenderse como “espacio público cerrado” pues, a diferencia de lo dispuesto en la Ley Antitabaco, “se incluiría áreas que no se encuentran cerradas entre paredes, bastando solo la existencia de más de una pared para ser considerado como espacio público cerrado sujeto a prohibición”.
229. Al respecto, conforme a lo desarrollado en el acápite anterior, considero que la definición de la Ley Antitabaco sobre los “espacios públicos cerrados” entendido como aquel que se encuentre “cerrado entre paredes” no es una definición imprecisa, puesto que claramente se trata de un ambiente completamente cerrado por muros, independientemente del número de paredes. En efecto, ello se desprende de una interpretación literal de la norma dejando en evidencia la claridad de su redacción.
230. Con ello en cuenta, la definición contenida en la Ordenanza 349-MM bajo la cual un “espacio público cerrado” es uno “que tenga más de una pared” es contraria al concepto establecido en el artículo 3 de la Ley Antitabaco. Ello pues en esta definición no se recoge en ningún extremo la característica de “cerrado”, sino que más bien que se trata de “eliminar” dicha palabra al mencionar que solo debería existir más de una (1) pared.
231. Como fue señalado en el acápite anterior, los antecedentes legislativos del artículo 3 de la Ley Antitabaco son claros en establecer que el concepto de “cerrado entre paredes” no es lo mismo que un espacio con una (1), dos (2) o más paredes. El legislador pudo determinarlo así y decidió no hacerlo al optar por una definición más restrictiva que las versiones anteriores de los textos de la ley. En efecto, como evidencian los debates del Pleno del Congreso, el objetivo era establecer la prohibición del consumo de tabaco en lugar encerrados donde no pudiera circular el aire y no prohibirlos en terrazas como pretendería la definición planteada por la Municipalidad.
232. Bajo el criterio de la Municipalidad, el número de ambientes alcanzados por la prohibición sería mucho mayor que aquél que establece el texto de la Ley Antitabaco contraviniendo así esta ley y, con ello el artículo VIII de la LOM por el cual las normas locales deben ser acordes a las normas de alcance nacional sin transgredirlas.
233. En el mismo sentido, la misma definición contenida en el Reglamento de la Ley Antitabaco también es contraria al texto del artículo 3 de la Ley Antitabaco. Por tanto, al tratar de modificar la definición de “espacios públicos cerrados” y ampliar los tipos de ambientes donde es aplicable la prohibición de consumo de tabaco, el MINSa ha excedido su potestad reglamentaria vulnerando el artículo 11 de la LOPE y el Principio de Legalidad del TUO de la LPAG.
234. Cabe señalar que, contrariamente a lo alegado por el MINSa en el procedimiento, el establecer una definición diferente a la prevista en la Ley Antitabaco no estaría justificada por el Principio de Complementariedad.
235. Al respecto, el Tribunal Constitucional reconoce la aplicación del Principio de Complementariedad cuando “un hecho se encuentra regido parcialmente por una norma [ley] que requiere completarse con otra [reglamento], para cubrir o llenar la regulación

*de manera integral*<sup>84</sup>. No obstante, en esa misma decisión, el máximo intérprete de la Constitución señaló que todos los actos de producción de normas -que incluyen a los reglamentos- están sujetos al principio de competencia por el cual todas las normas se rigen por el ámbito de materia “sobre el que puede ejercerse una competencia normativa y que, en consecuencia, condicionan la validez de los actos normativos”<sup>85</sup>.

236. Por tanto, si bien el Principio de Complementariedad permite que una norma “complete” las materias reguladas por una ley, la emisión de dicha norma (Ordenanza Municipal o reglamento) debe cumplir además con el Principio de Competencia, que no es otra cosa que el reflejo del Principio de Legalidad. Así, la entidad que emita la norma complementaria debe actuar conforme a ley, esto es, según las competencias han sido atribuidas y sin desnaturalizar su contenido.
237. Como he acreditado previamente, las definiciones de “espacio público cerrado” previstas por la Municipalidad en la Ordenanza 349-MM y por el MINSA en el Reglamento de la Ley Antitabaco vulneran el artículo 3 de la Ley Antitabaco pues intentan ampliar el ámbito de aplicación de las prohibiciones previstas por lo que, contrariamente al Principio de Competencia y de Legalidad, no cumplen con “completar” la Ley Antitabaco sino modificarla y desnaturalizarla. Por tanto, coincido con lo señalado por la Comisión en este aspecto.
238. Por todo lo anterior, considero que la definición de “espacio público cerrado” establecida en la Ordenanza 349-MM es contraria al Principio de Legalidad pues excede el marco legal previsto por la Ley Antitabaco al proponer una definición más amplia que la contenida en el artículo 3 de la Ley Antitabaco y, con ello, ampliando ilegalmente los supuestos de prohibición establecidos por ley.
239. Adicionalmente a lo anterior, al proponer una definición más amplia que la contenida en el artículo 3 de la Ley Antitabaco, la definición de “espacio público cerrado” de la Ordenanza 349-MM añade nuevos supuestos y lugares donde estaría prohibido el consumo de tabaco. Por tanto, al crear obligaciones y prohibiciones adicionales a las previstas en la Ley Antitabaco, también vulnera el Principio de Tipicidad y la libertad de empresa.
240. Finalmente, quiero resaltar que la crítica a la legalidad de la Ordenanza 349-MM y del Reglamento de la Ley Antitabaco no desconoce que la Municipalidad y el MINSA puedan emprender acciones para prevenir y controlar el consumo de tabaco. No obstante, dichas acciones deben ser ejercidas conforme a ley y en el marco de sus competencias.
241. En ese sentido, si para dichas entidades la definición prevista en la Ley Antitabaco no hubiera sido suficiente o era muy amplia, hubiera correspondido emprender acciones dirigidas a una modificación legislativa de la norma a través del Congreso, pero en ningún caso correspondía instrumentalizar normas reglamentarias u Ordenanzas Municipales para dichos fines.
242. En efecto, como hemos señalado previamente, en la actualidad la Nueva Ley Antitabaco prevé una definición de “espacios públicos cerrados” más amplia que la prevista en la Ley Antitabaco (“que tenga dos o más paredes”<sup>86</sup>) que es incluso menos restrictiva que

<sup>84</sup> Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006 recaída en el Expediente No. 047-2004-AI/TC. Fundamento 54. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

<sup>85</sup> *Ibidem*, fundamento 62.

<sup>86</sup> **Ley del control del consumo de productos de tabaco, nicotina o sucedáneos de ambos para la protección de la vida y la salud - Ley No. 32159**  
**“Artículo 6. Restricción al consumo de productos de tabaco, nicotina o sucedáneos de ambos**

las planteadas por la Municipalidad y el MINSA. A diferencia de lo sucedido con las barreras cuestionadas, esta modificación en la definición fue realizado en la vía prevista: mediante una ley emitida por el Congreso.

### III.3 ¿Las Directrices del Convenio Marco debieron ser considerados en el análisis de legalidad de la medida efectuado por la Sala?

243. El análisis de legalidad efectuado por la Sala no debió considerar el contenido de las Directrices pues, al no ser vinculantes y no haber sido incorporadas al ordenamiento jurídico peruano, no forman parte de los parámetros bajo los cuáles se debió analizar si la Ordenanza 349-MM y el Reglamento de la Ley Antitabaco eran contrarios o no al marco normativo.

#### III.3.1 ¿Cuál es la obligatoriedad del Convenio Marco y sus directrices?

244. Conforme a los artículos 55<sup>87</sup> y 56<sup>88</sup> de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del ordenamiento jurídico. Para ello, el artículo 102<sup>89</sup> de la Constitución atribuye su aprobación al Congreso de la República y el artículo 118<sup>90</sup> prevé que sean ratificados por el Presidente de la República.
245. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que los tratados “*expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de Derecho Internacional, es decir, entre Estados, organizaciones internacionales, o entre estos y aquellos.*”<sup>91</sup> En ese sentido, el contenido de estos tratados “*implican un conjunto de reglas de comportamiento a futuro concertados por los sujetos de Derecho Internacional Público.*”<sup>92</sup>
246. La profesora SALMÓN, citando a la Comisión de Derecho Internacional, señala que el derecho de los tratados se sujeta a, entre otros, dos principios: el *ex consensu advenit vinculum* y el *pacta sunt servanda*. Conforme al primero, “*todo tratado vincula a las partes en tanto estas hayan dado su consentimiento*” y, el segundo establece que “*lo acordado en un tratado debe ser fielmente cumplido por las partes según lo pactado*” (Salmón, 2014).
247. En ese sentido, si bien los tratados celebrados por el Estado son vinculantes luego de brindar su consentimiento, dicha vinculatoriedad alcanzará solo aquello respecto de lo cual los Estados contratantes han manifestado su voluntad de contratar según el texto del propio tratado. En otras palabras, cuando un Estado acepta ser parte de un tratado

---

6.1. *Se prohíbe fumar o vapear en establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son considerados ambientes cien por ciento libres de humo de tabaco.*

6.2. *Se entiende por espacio público cerrado a todo lugar de acceso público que se encuentre cubierto por un techo y que tenga dos o más paredes, independientemente del material utilizado, de su extensión o altura, o de su carácter permanente o temporal.”*

<sup>87</sup> **Constitución Política del Perú, (1993).**

“Artículo 55°.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

<sup>88</sup> **Constitución Política del Perú, (1993).**

“Artículo 56°.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional.

4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.”

<sup>89</sup> **Constitución Política del Perú, (1993).**

“Artículo 102°.- Son atribuciones del Congreso: (...) 3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.”

<sup>90</sup> **Constitución Política del Perú, (1993).**

“Artículo 118°.- Corresponde al Presidente de la República:

(...) 11. Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados.”

<sup>91</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006 recaída en el Expediente No. 047-2004-AI/TC, fundamento 18. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

<sup>92</sup> *Idem.*

dicha aceptación abarca las obligaciones contenidas en éste y en los términos que hubieran sido pactados.

248. Los Estados manifiestan su voluntad de formar parte de un tratado -y obligarse al contenido de éste- mediante mecanismos como la ratificación, aceptación o aprobación de tratados. Al respecto, los tratados suelen establecer un acto posterior a la firma que pasa por el derecho interno de cada país y, luego de ser aprobado, regresa al ámbito internacional para manifestar el consentimiento respecto al tratado correspondiente<sup>93</sup>. Para ello, luego de la firma, cada Estado -como el Perú- prevé los procedimientos internos necesarios para aprobar y ratificar el contenido de los tratados que hubieran sido suscritos.
249. Posteriormente a la manifestación de consentimiento y según los plazos que establezca el tratado, este entrará en vigor y, por tanto, desplegará sus efectos jurídicos para los Estados contratantes que, a partir de ese momento, devienen en Estados parte obligados a cumplir con las disposiciones del tratado<sup>94</sup>.
250. Por tanto, los tratados son acuerdos de voluntades celebrados por el Estado Peruano que, tras ser aprobados por el Congreso y debidamente ratificados por el Presidente, surten efectos y forman parte del ordenamiento jurídico estando el Estado Peruano sujeto a cumplir las obligaciones derivadas de dichos tratados.
251. Como señala la profesora SALMÓN, en el derecho internacional también existen otros instrumentos de *soft law* que, sin ser obligatorios, establecen ciertos modelos de comportamiento surgidos de negociaciones entre personas habilitadas para obligar al Estado “*sin que por ello, tengan efecto vinculante*”<sup>95</sup>. Entre estos instrumentos se encuentran “*los actos finales de conferencias, los códigos de conducta, guías y recomendaciones de organizaciones internacionales*” [Énfasis agregado].
252. La autora, citando a HILLGENBERG, señala que los instrumentos de *soft law* se caracterizan porque (i) no están sujetos al derecho de los tratados por lo que no son ratificados ni registrados, (ii) su incumplimiento no genera responsabilidad internacional y (iii) no se incorporan propiamente al derecho interno y, por tanto “*no pueden ser invocados ante los tribunales nacionales como vinculantes*”<sup>96</sup>. Se trata de compromisos de índole política que pueden constituir un elemento en el proceso de formación del derecho internacional<sup>97</sup>.
253. En ese sentido, los códigos de conducta, guías y recomendaciones de organizaciones internacionales no son obligatorios para los Estados. Ello en la medida que no forman parte de los tratados y no están sujetos a sus mecanismos de aprobación por lo que en estos casos los Estados no han otorgado un consentimiento respecto a su contenido y, por tanto, no tiene efectos vinculantes para éstos. Son más bien pautas de comportamiento de cariz político que podrían reflejar futuras normas u obligaciones en el ámbito internacional.
254. En el caso particular, el Convenio Marco nació con el objetivo proporcionar un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, pág. 195.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pág. 198.

<sup>95</sup> *Ibidem*, pág. 259.

<sup>96</sup> *Ibidem*, pág. 260.

<sup>97</sup> *Ídem*

<sup>98</sup> Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, pág. 5 Disponible en: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/42813/9243591010.pdf?sequence=1>

255. Este convenio fue negociado durante la quincuagésima sexta Asamblea Mundial de la Salud, máximo órgano de decisión de la Organización Mundial de la Salud (“OMS”) y fue abierto a firma hasta el 29 de junio de 2004 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, el Depositario del tratado<sup>99</sup>. Posteriormente, entró en vigor el 27 de febrero de 2005, fecha a partir de la cual el contenido de este tratado adoptó carácter vinculante para los Estados contratantes<sup>100</sup>.
256. En el caso del Perú, el Convenio Marco fue firmado por los representantes del Estado el 21 de abril de 2004<sup>101</sup>. A fin de incorporarlo al ordenamiento jurídico peruano, el 17 de julio de 2004, el Congreso de la República emitió la Resolución Legislativa No. 28280 mediante la cual aprobó el contenido de dicho convenio<sup>102</sup> y, posteriormente, fue ratificado por el Presidente de la República a través del Decreto Supremo No. 054-2004-RE publicado el 2 de setiembre de 2004<sup>103</sup>.
257. Este Convenio Marco, obligatorio para el Estado Peruano prevé una serie de obligaciones relacionadas a la prevención y control de consumo de tabaco. Al respecto, se establece que las Partes pueden aplicar medidas que vayan más allá de las obligaciones estipuladas en el tratado y en sus protocolos:

**“Artículo 2**

*Relación entre el presente Convenio y otros acuerdo e instrumentos jurídicos*

**1. Para proteger mejor la salud humana, se alienta a las Partes a que apliquen medidas que vayan más allá de las estipuladas por el presente Convenio y sus protocolos, y nada en estos instrumentos impedirá que una Parte imponga exigencias más estrictas que sean compatibles con sus disposiciones y conformes al derecho internacional.”**

[Énfasis agregado]

258. Al respecto, el artículo 33<sup>104</sup> del Convenio Marco prevé un instrumento adicional para su aplicación, así mediante los protocolos las Partes pueden decidir adoptar obligaciones adicionales vinculadas a las establecidas en el tratado. Para ello, las Partes pueden proponer y adoptar protocolos para lo cual deberán arribar a un consenso siendo que dichos instrumentos serán vinculantes para las Partes que decidan adoptarlos<sup>105</sup>.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pág. iv.

<sup>100</sup> *Ídem*.

<sup>101</sup> WHO Framework Convention on Tobacco Control, Participants. Disponible en: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq\\_no=IX-4&chapter=9&clang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=IX-4&chapter=9&clang=en)

<sup>102</sup> **Resolución Legislativa que aprueba el “Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco” - Resolución Legislativa No. 28280**

**“Artículo Único.- Objeto de la Resolución Legislativa**

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

<sup>103</sup> **Decreto Supremo que ratifica el Convenio Marco con la OMS - Decreto Supremo No. 054-2004-RE**

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

<sup>104</sup> **Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco**

**“Artículo 33 Protocolos**

*1. Cualquier Parte podrá proponer protocolos. Dichas propuestas serán examinadas por la Conferencia de las Partes.*

*2. La Conferencia de las Partes podrá adoptar protocolos del presente Convenio. (...)*

*5. Cualquier protocolo del Convenio sólo será vinculante para las Partes en el protocolo en cuestión. Sólo las Partes en un protocolo podrán adoptar decisiones sobre asuntos exclusivamente relacionados con el protocolo en cuestión.”*

<sup>105</sup> En el año 2013, las Partes suscribieron un Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco. Ver: <https://fctc.who.int/es/resources/publications/i/item/9789241505246>

259. En específico, respecto a la protección contra la exposición al humo de tabaco, el Convenio Marco prevé lo siguiente:

**“Artículo 8**

*Protección contra la exposición al humo de tabaco*

1. *Las Partes reconocen que la ciencia ha demostrado de manera inequívoca que la exposición al humo de tabaco es causa de mortalidad, morbilidad y discapacidad.*

2. ***Cada Parte adoptará y aplicará, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales.”***

[Énfasis agregado]

260. Conforme a lo anterior, una de las obligaciones del Estado Peruano en el marco de este tratado era adoptar y aplicar medidas legislativas, ejecutivas u otras contra la exposición al humo de tabaco “*en (...) lugares públicos cerrados y según proceda, otros lugares públicos*” [Énfasis agregado]. Como se puede observar, el tratado no establece qué tipo de medidas deben emitirse ni una definición sobre qué debe entenderse como “lugares públicos cerrados” a fin de determinar en qué lugares específicos se debía aplicar la mencionada protección. Al no regularlas, el Convenio Marco sometió la determinación de estos aspectos a la soberanía de cada Estado parte.
261. En ese sentido, a fin de cumplir con esta obligación, correspondía al Estado determinar las medidas adecuadas para evitar la exposición de humo de tabaco en dichos lugares, lo que incluía, claramente la determinación de qué espacios estarían incluidos en la prohibición, en concordancia con el objeto del Convenio Marco.
262. Sin perjuicio de que estas materias fueron reservadas para ser determinadas por cada Estado parte, en los años 2011 y 2013 la OMS publicó las “Directrices para la aplicación del Artículo 8 del Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco” (“Directrices”) con el objeto de fomentar la aplicación del Convenio Marco. Como se indica en este documento, las Directrices son una guía que busca ayudar a las Partes a con sus obligaciones:

***“El objetivo de las directrices es ayudar a las Partes a que cumplan sus obligaciones dimanantes del Convenio. Reflejan las opiniones conjuntas de las Partes sobre diferentes aspectos de la aplicación, sus experiencias y logros, y las dificultades con que se han encontrado. Las directrices también tienen por objetivo reflejar y fomentar las prácticas y normas óptimas de las que podrían beneficiarse los gobiernos en el proceso de aplicación de tratado<sup>106</sup>.”***

[Énfasis agregado]

<sup>106</sup> Prólogo, Directrices para la aplicación de artículos 5.3, 8, 9 y 10, 11, 12, 13, 14. Disponible en: [https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/80516/9789243505183\\_spa.pdf?sequence=1](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/80516/9789243505183_spa.pdf?sequence=1)

263. Esta es una guía de opiniones, prácticas y perspectivas que busca brindar asistencia los Estados parte para en el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del artículo 8 del Convenio Marco<sup>107</sup>. Para ello “**se incluyen varias recomendaciones relativas a las definiciones más adecuadas sobre la base de las experiencias de numerosos países.**” [Énfasis agregado] que, como se indica, complementan las ya incluidas en el Convenio Marco de la OMS.

264. Una de las definiciones recomendadas por las Directrices es el concepto de “cerrado” en relación con lugares públicos. Al respecto, se recomendó la siguiente definición:

**“«Interior» o «cerrado»**

*(...) Se recomienda definir la zona «interior» (o «cerrada») de manera que incluya todo espacio cubierto por un techo o cerrado entre una o más paredes o muros, independientemente del material utilizado para el techo, las paredes o los muros, y de que la estructura sea permanente o temporal.”*

[Énfasis agregado]

265. Esta definición, como lo indican las propias Directrices, es una recomendación para la aplicación del artículo 8 del Convenio Marco. No obstante, al no encontrarse dentro del tratado y dada su naturaleza de recomendación (*soft law*) no es una definición vinculante ni obligatoria para el Estado Peruano. En ese sentido, el Estado Peruano no estaba obligado a adoptar dicha definición en las medidas legislativas que decida emitir. Así, pudo elegir adoptar dicha recomendación o, por el contrario, determinar el concepto de “lugares públicos cerrados” en el marco de su derecho interno.

266. En el caso particular, al emitir la Ley Antitabaco en el año 2010, el Estado Peruano determinó su propio concepto de “lugares públicos cerrados” y, en base a esta definición dictaría las correspondientes medidas para protección contra la exposición al humo de tabaco en dichos espacios. En efecto, conforme al artículo 3 de la Ley Antitabaco, el Estado Peruano estableció la prohibición del consumo de tabaco en “espacios públicos cerrados” entendidos como espacios “*cerrados entre paredes*”.

267. Posteriormente, en el 2011, la OMS emitió las Directrices que, como se detalló previamente, recomendaban definir estos espacios como “*cerrado entre una o más paredes o muros*”. Sin embargo, al no ser una definición vinculante u obligatoria para el Estado Peruano, este extremo en particular no motivó ninguna modificación legislativa siendo que hasta el 2024, más de trece (13) años después, se mantuvo la misma redacción de “*cerrado entre paredes*”

268. Lo anterior fue reconocido incluso por la propia Sala al señalar que las Directrices son recomendaciones, por lo que las pautas que se establezcan no tienen efecto vinculante<sup>108</sup>. No obstante, la decisión en mayoría se concluyó que las Directrices igual debían ser consideradas para interpretar el Convenio Marco.

269. Por tanto, si bien el contenido y las obligaciones previstas en el Convenio Marco son obligatorias y vinculantes para el Estado Peruano, las Directrices no lo son y, por tanto, no forman del ordenamiento jurídico peruano. Por ello, si bien los Estados parte pueden al documento para consultar formas para cumplir con sus obligaciones, depende de

<sup>107</sup> *Ibidem*, pág. 19.

<sup>108</sup> Para mayor detalle, ver el considerando 45 de la Resolución 0199-2013/SDC-INDECOPI.

estos adoptar las recomendaciones indicadas y, de ser el caso, incorporarlas al ordenamiento para que sean vinculantes.

### III.3.2 ¿Qué parámetros debe considerar el INDECOPI al realizar el análisis de legalidad de una barrera burocrática?

270. El análisis de legalidad que debe realizar el INDECOPI incluye la evaluación de la medida denunciada a la luz de las normas que atribuyen competencias y regulan los procedimientos de emisión de normas. En ese sentido, dado que las recomendaciones internacionales no vinculantes para el Estado Peruano -como las Directrices- no forman parte del ordenamiento jurídico peruano, no corresponde que sean incluidas en el análisis de legalidad de una barrera burocrática.
271. De acuerdo con el artículo 26<sup>109</sup> BIS de la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) - Decreto Ley No. 25868<sup>110</sup>, vigente a la fecha de la denuncia, la Comisión de Acceso al Mercado (luego, Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas) era competente para conocer de los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establezcan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente<sup>111</sup> el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado.
272. La evaluación de las barreras burocráticas denunciadas se debía realizar conforme al precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución No. 182-97-TDC del Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI (“Resolución 182-97”). Respecto al análisis de legalidad, este precedente estableció lo siguiente:

*“En primer lugar, la Comisión - o la Sala en su caso - evaluará la legalidad de la medida administrativa cuestionada, con la finalidad de determinar si ésta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto y, asimismo, si encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente. Para efectos del análisis de legalidad, cuando la exigencia cuestionada proviene de la aplicación de una norma jurídica expedida por alguna entidad integrante de la Administración Pública, la Comisión tiene el deber de valorar la legalidad de dicha norma a efectos de emitir un pronunciamiento para el caso concreto.”<sup>112</sup>*

[Énfasis agregado]

<sup>109</sup> Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), (1992).

*“Artículo 26 BIS.- La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, (...) La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.”*

<sup>110</sup> Emitido el 24 de noviembre de 1992.

<sup>111</sup> Mediante Decreto Legislativo No. 1212 del 24 de setiembre de 2015 se incorporó al artículo 26 BIS que las barreras incluían cualquier modalidad de actuación de la Administración y que la obstaculización podía ser irrazonable: *“Artículo 26BIS.- La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas es competente para conocer sobre los actos y disposiciones, así como respecto a cualquier otra modalidad de actuación de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irrazonablemente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado (...)”.*

<sup>112</sup> Resolución No. 182-97-TDC del Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI del 20 de agosto de 1997. Disponible en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1671745/Resolucion182-97-TDC\\_prdnt\\_obs\\_obli.pdf.pdf?v=1613164454](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1671745/Resolucion182-97-TDC_prdnt_obs_obli.pdf.pdf?v=1613164454)

273. Así, como indica el flujograma incluido en dicha decisión, al realizar el análisis de legalidad, la autoridad debía verificar (i) “*si la exigencia encuadra o no dentro de las competencias y atribuciones conferidas a la entidad administrativa*”<sup>113</sup> y (ii) “*si la exigencia respeta o no los procedimientos y formalidades para su creación*”<sup>114</sup>. Así, al realizar el análisis de legalidad, la Comisión o la Sala, según corresponda, deberá evaluar, en primer lugar, si la entidad que emitió la medida denunciada contaba con competencias para emitirla y, en segundo lugar, si esta medida fue emitida conforme a los procedimientos y formalidades para su creación.
274. Así, por ejemplo, en caso la medida denunciada se encuentre dentro de una Ordenanza Municipal, este análisis implicará evaluar si ésta es contraria o no a las normas con rango de ley que regulan las competencias y procedimientos para la emisión de Ordenanzas Municipales dentro del ordenamiento jurídico peruano. En ese sentido, la labor de INDECOPI es verificar si la medida denunciada vulnera dicho “bloque legal” conformado por normas obligatorias para todas las entidades de la Administración Pública.
275. La regulación vigente del análisis de legalidad que debe realizar INDECOPI en el marco de estos procedimientos confirma este criterio. Según la actual Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas aprobada por el Decreto Legislativo No. 1256 (“Ley de Barreras Burocráticas”) el análisis de legalidad efectuado por INDECOPI incluye lo siguiente:

**“Artículo 14.- Análisis de legalidad**

*14.1. El análisis de legalidad de una barrera burocrática implica que la Comisión o la Sala, de ser el caso, evalúe los siguientes aspectos:*

- a. Si existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la entidad a establecer y/o aplicar la barrera burocrática bajo análisis.*
- b. Si la entidad siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática.*
- c. Si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal.”*

276. Conforme a lo anterior, tanto el precedente como la Ley de Barreras Burocráticas prevén que el análisis de legalidad implica corroborar si la medida denunciada vulnera el marco legal vigente (competencias, formalidades u otros) entendido como las normas que son de obligatorio cumplimiento para las entidades de la Administración Pública como la Municipalidad. Este “bloque legal” no incluye normas que no forman parte del ordenamiento jurídico peruano como, por ejemplo, normas derogadas, tratados internacionales no ratificados o estándares de *soft law* no vinculantes.
277. En decisiones anteriores, el INDECOPI ya ha descartado la aplicación de instrumentos internacionales no vinculantes para el Perú, por no formar parte del ordenamiento jurídico. Así, mediante Resolución No. 0832-2014/SDC-INDECOPI del 2 de diciembre de 2014 (“Resolución 0832”) la Sala declaró la ilegalidad de una prohibición establecida por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (“MININTRA”) mediante un decreto

---

<sup>113</sup> *Ibidem*, Flujograma,

<sup>114</sup> *Ídem*.

supremo pues, si bien provenía de un tratado internacional, ello no la dotaba de legalidad pues dicho tratado no había sido ratificado por el Perú y, por tanto, no formaba parte del ordenamiento jurídico.

278. En junio de 2013, la empresa Servicios Generales Scorpión S.R.L. (“Scorpión”) denunció ante la Comisión una serie de barreras burocráticas ilegales y carentes de razonabilidad impuestas por el MININTRA mediante el Decreto Supremo No. 020-2012-TR, que aprobó las Normas Reglamentarias para el Funcionamiento de las Agencias Privadas de Empleo (“DS 020”). Entre estas medidas, Scorpión denunció que la prohibición de realizar cobros a los buscadores de empleo como consecuencia del servicio de colocación materializada en el artículo 6 del DS 020 era contraria a los derechos fundamentales a la libertad de empresa y de trabajo.
279. Mediante la Resolución No. 0119-2014/CEB-INDECOPI del 14 de abril de 2014, la Comisión declaró, entre otros, que la prohibición de cobros a los buscadores de empleo impuesta por el MININTRA era una barrera burocrática ilegal pues dicha entidad no contaba con competencias legales para imponer este tipo de prohibiciones<sup>115</sup>.
280. El MININTRA apeló a esta decisión y señaló que esta prohibición no limitaba la libertad de empresa o de trabajo pues buscaba la protección de las personas que quieren acceder a un trabajo y no tienen las condiciones económicas para pagar un servicio de intermediación. Asimismo, alegó que esta prohibición estaba contenida en el artículo 7 del Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo - Convenio sobre las Agencias de Empleo Privadas (“Convenio 181”), tratado internacional aplicable al Estado Peruano por haber participado en su elaboración y adopción de su texto final<sup>116</sup>. Dicho Convenio 181 establecía que “[l]as agencias de empleo privadas no deberán cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa.”<sup>117</sup>.
281. Al analizar la legalidad de esta prohibición, la Sala estableció que una entidad podía establecer restricciones al ejercicio de la iniciativa privada sin vulnerar el ordenamiento jurídico si es que estas restricciones son impuestas mediante una ley o tratado internacional. De lo contrario, dicha restricción sería contraria al Principio de Legalidad del TUO de la LPAG:

***“44. (...) en cumplimiento del “Principio de Legalidad”, para para que una restricción a la libertad de iniciativa privada impuesta por una entidad de la Administración Pública no colisione con el ordenamiento jurídico vigente (Constitución Política del Perú y Decreto Legislativo 757) esta deberá ser impuesta a través de una ley o un tratado internacional.”***<sup>118</sup>

[Énfasis agregado]

<sup>115</sup> *“Sobre la prohibición de realizar cobros a los buscadores de empleo como consecuencia del servicio de colocación (v) De las facultades otorgadas al Ministerio por la Ley 29381 - Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, no se aprecia que dicha entidad cuente con las competencias necesarias para imponer este tipo de prohibiciones, en tanto estas facultades deben ser establecidas directamente por una ley.*

*(vi) El Ministerio ha establecido mediante un decreto supremo la prohibición del cobro a los buscadores de empleo por concepto de la prestación del servicio de colocación de empleo, contraviniendo los artículos 2 y 3 del Decreto Legislativo 757 – Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada y 2 de la Constitución Política del Perú.” Resolución No. 0832-2014/SDC-INDECOPI del 2 de diciembre de 2014, págs.17 y 18.*

<sup>116</sup> *Ibidem*, págs. 21 y 22.

<sup>117</sup> Artículo 7 del Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre las Agencias de Empleo Privadas. Disponible en:

[https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx\\_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312326](https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312326)

<sup>118</sup> *Ibidem*, pág. 37

282. En el caso específico del MININTRA, la Sala señaló que, si bien la entidad contaba con facultades normativas respecto a las agencias de empleo, no contaba con una ley que le permita limitar mediante un decreto supremo la libre iniciativa privada de las agencias<sup>119</sup>.
283. Respecto a la aplicación del tratado alegada por el MININTRA, la Sala resaltó que un tratado internacional formará parte del derecho nacional una vez que haya entrado en vigor luego de su aprobación, ratificación y plazo establecido para su vigencia:

*“58. (...) (i) Los tratados celebrados por el Estado y en vigor, forman parte del derecho nacional. Por ende, **si un tratado ha cumplido con los requisitos para su entrada en vigor, esto es, que haya sido debidamente aprobado y ratificado por los órganos pertinentes, haciendo el depósito del instrumento de ratificación, y sujeto al plazo para la entrada en vigencia estipulado en cada tratado, dicho acuerdo forma parte del derecho nacional.**”<sup>120</sup>*

[Énfasis agregado]

284. Con ello en cuenta, la Sala analizó si el Convenio 181 alegado como sustento de la prohibición de cobro era vinculante para el Estado Peruano a fin de determinar si formaba parte o del ordenamiento jurídico peruano y, por tanto, si esta medida tenía o no sustento legal:

*“58. (...) (iv) **A efectos de que el Convenio 181 forme parte del ordenamiento jurídico, este debió ser ratificado por el Perú, haber sido registrado por el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo y haber transcurrido doce meses después de su ratificación.***

*59. En el presente caso, de la revisión de la lista de los convenios de la OIT ratificados por el Perú, contenida en el sitio web de la OIT y del Ministerio, **la Sala ha podido apreciar que hasta la fecha el Convenio 181 no ha sido ratificado por el Estado Peruano, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en la Constitución Política del Perú, dicho acuerdo no forma parte del ordenamiento jurídico nacional.***

*60. En tal sentido, contrariamente a lo alegado por el Ministerio, **la prohibición a las agencias de empleo consistente en efectuar un cobro a los buscadores de empleo como consecuencia del servicio de colocación, no tiene sustento legal en el referido convenio.***

(...)

*63. En consecuencia, **en la medida que la Ley 29381 Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo no otorga al Ministerio facultades para imponer a las agencias de empleo la prohibición de efectuar un cobro a los buscadores de empleo como consecuencia del servicio de colocación, a través de un decreto supremo, ni dicha prohibición se encuentra amparada en una ley, se concluye que la barrera burocrática analizada en este acápite es ilegal por contravenir el principio de***

---

<sup>119</sup> *Ibidem*, págs. 38 y 39

<sup>120</sup> *Ibidem*, págs. 39 y 40

**legalidad** consagrado en el artículo IV numeral 1.1. del Título Preliminar de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General y los artículos 2 y 3 del Decreto Legislativo 757 Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada.<sup>121</sup>

[Énfasis agregado]

285. Como se puede observar, en el caso citado, el MININTRA alegó la aplicación del Convenio 181 como sustento de una prohibición impuesta por decreto supremo. Sin embargo, la Sala determinó que al no ser vinculante para el Estado Peruano y no formar parte del ordenamiento jurídico nacional, dicho tratado internacional no podía ser alegado como sustento legal. Por tanto, al no tener competencias suficientes ni ampararse en una ley, resolvió declarar que la prohibición de cobro impuesta por el MININTRA era una barrera burocrática ilegal.
286. Por lo tanto, conforme al precedente observancia obligatoria y los criterios desarrollados por la Sala, el análisis de legalidad implica corroborar si la medida denunciada vulnera el marco legal vigente. Este “bloque legal” incluye a las disposiciones de tratados internacionales de los que el Estado Peruano es parte y excluye a aquellos instrumentos internacionales no vinculantes como los tratados no aceptados o ratificados y las normas, guías o lineamientos bajo la categoría de *soft law*.
287. En el caso particular, en el análisis de legalidad se debía verificar si, al emitir la Ordenanza 349-MM, la Municipalidad actuó o no conforme a las competencias que le hubieran sido atribuidas por ley. Como se ha desarrollado previamente, este análisis abarca las normas del ordenamiento jurídico que regulan las competencias de las municipalidades distritales referidas a la materia de salud, y en específico, a la prevención y erradicación del consumo de tabaco. En ese sentido, correspondía analizar las competencias reguladas en el LOM, en la LGS y en la Ley Antitabaco, así como las disposiciones de tratados vinculantes como el Convenio Marco.
288. Luego, correspondía verificar si la Ordenanza 349-MM que materializa la medida denunciada fue emitida por la Municipalidad conforme a los procedimientos y formalidades previstos en el marco normativo aplicable. Este análisis implicaba corroborar que hubiera cumplido el procedimiento y requisitos para la emisión de Ordenanzas Municipales de la LOM y otras normas con rango de ley que pudieran regular la emisión de estas normas.
289. Como se puede observar, en ningún caso correspondía verificar si la medida denunciada era acorde o no a las Directrices del Convenio Marco. Ello pues, estas recomendaciones (*soft law*) no forman parte del ordenamiento jurídico peruano y, por tanto, no configura un parámetro bajo el cual INDECOPI debe verificar la legalidad o no de la barrera burocrática denunciada.
290. Por lo tanto, el análisis de legalidad que debió realizar el INDECOPI incluía la evaluación de la definición de “espacio público cerrado” emitida por la Municipalidad a la luz de las normas que atribuyen competencias en materia de salud y regulan los procedimientos de emisión de las Ordenanzas Municipales. En ese sentido, dado que las Directrices del Convenio Marco son recomendaciones no vinculantes para el Estado Peruano y no forman parte del ordenamiento jurídico, no correspondía que sean incluidas en el análisis de legalidad.

---

<sup>121</sup> *Ibidem*, págs. 42 y 43

### III.4 ¿La prohibición de fumar en “espacios públicos cerrados” bajo la definición de la Ordenanza 349-MM constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad?

291. En el supuesto negado que se considere que la definición de “espacios públicos cerrados” de la Ordenanza 349-MM es legal, mi opinión es que esta medida es carente de razonabilidad pues no se basa en un interés público que requiere ser tutelado, no es proporcional a sus fines y no constituye la medida menos gravosa.

#### III.4.1 ¿La Sala debió evaluar la razonabilidad de las medidas denunciadas?

292. Como he explicado en la pregunta anterior, INDECOPI debía evaluar las barreras burocráticas denunciadas conforme al precedente de observancia obligatoria de la Resolución 182-97-TDC. Al respecto este precedente estableció que, en caso se determine la legalidad de la medida denunciada, se procederá a analizar su racionalidad teniendo como requisito que el denunciante presente indicios de que se trata de una barrera burocrática irracional:

*“a. El denunciante debe aportar elementos de juicio razonables acerca de la posible existencia de una barrera burocrática irracional que podría impedir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, ya sea (i) porque establece **tratamientos discriminatorios**, (ii) porque **carece de fundamentos (medidas arbitrarias)** o (iii) porque **resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionadas)**.”<sup>122</sup>*

[Énfasis agregado]

293. Como se indica en la citada decisión, la Comisión o la Sala, según corresponda, analizará la razonabilidad de la medida sólo si el denunciante cumple con presentar elementos de juicio razonables que otorguen indicios de que la medida denunciada es discriminatoria, arbitraria o desproporcionada. Los criterios para determinar si nos encontramos o no ante indicios razonables han sido desarrollados en decisiones de INDECOPI.
294. En cuanto a los indicios razonables de arbitrariedad, el INDECOPI ha admitido como indicios razonables que la denunciante acredite que una medida no tiene sustento técnico o que, aun señalando la existencia de un problema público, no desarrolle su relación con la medida adoptada. Así, por ejemplo, se consideraron como indicios razonables que la denunciante acredite que una restricción de circulación de camiones con pesos mayores a 8,500 kg en ciertas zonas de Cusco no tenía sustento respecto al peso señalado o las zonas restringidas, ni un análisis sobre el desgaste de asfalto que justificaría la medida<sup>123</sup>.
295. Por otro lado, la autoridad ha considerado que los denunciantes han aportado indicios razonables de desproporcionalidad cuando han alegado la existencia de medidas alternativas menos gravosas para lograr el interés público perseguido. A modo de ejemplo, la Sala consideró como indicios de desproporcionalidad alegar que la exigencia de contar con terminales terrestres como requisito para prestar servicios de transporte terrestre de pasajeros no era necesaria en zonas con baja densidad poblacional donde

<sup>122</sup> Resolución No. 182-97-TDC del Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI del 20 de agosto de 1997. Disponible en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1671745/Resolucion182-97-TDC\\_prdnt\\_obs\\_obli.pdf?v=1613164454](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1671745/Resolucion182-97-TDC_prdnt_obs_obli.pdf?v=1613164454)

<sup>123</sup> Resolución No. 0740-2014/ SDC-INDECOPI

no se presentarían los problemas de inseguridad y congestión utilizados como justificación de la medida<sup>124</sup>.

296. Cabe señalar que esta evaluación no requiere que los denunciante presenten todos los tipos de indicios: discriminación, arbitrariedad y desproporcionalidad. Así ha sido establecido por el INDECOPI en la tramitación de una denuncia contra limitaciones al horario de funcionamiento de establecimientos donde el denunciante incluyó indicios de arbitrariedad de la medida. En dicha oportunidad, la Sala señaló que el hecho de que los denunciante no hayan mencionado medidas alternativas no afectaba los indicios de arbitrariedad presentados y, por tanto, procedió a realizar el análisis de razonabilidad<sup>125</sup>.
297. En el caso particular, los Denunciante señalaron que la medida denunciada también era carente de razonabilidad pues para Municipalidad, abierto equivale a cerrado obligando a que los establecimientos no permitan a sus consumidores que fumen en dichos espacios aun no estén cerrados entre paredes<sup>126</sup>.
298. Como se puede observar, aun cuando el denunciante señaló que la Ordenanza 349-MM era carente de razonabilidad, en mi opinión considero que no aportó indicios razonables de su arbitrariedad o falta de proporcionalidad. Así, la mención al criterio de la Municipalidades más bien buscaría cuestionar el concepto de “espacios públicos cerrados” que es materia de análisis en la sección de legalidad mas no refiere que no esté sustentada en un interés público o que genere más perjuicio que beneficios.
299. Por tanto, coincido con la decisión de Sala en el extremo que resolvió no analizar este aspecto pues los supuestos argumentos de carencia de razonabilidad presentados por los Denunciante no califican como tal.
300. Finalmente, si analizamos este requisito en el marco de la actual Ley de Barreras que contiene un estándar más flexible de evaluación de indicios de razonabilidad, el resultado hubiera sido el mismo.
301. Conforme a la redacción original del artículo 15<sup>127</sup> de la Ley de Barreras Burocráticas, de forma similar al estándar de la Resolución 182-97, se requería que el denunciante presente “*indicios suficientes*” como condición para que la autoridad analice la carencia de razonabilidad de una medida. Dichos indicios podían ser de arbitrariedad si la medida “*carece de fundamentos y/o justificación, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo de la medida*”<sup>128</sup> o de desproporcionalidad

<sup>124</sup> Resolución No. 0165-2015/SDC-INDECOPI

<sup>125</sup> “38. En tal sentido, si bien la denunciante no ha mencionado otras medidas que pudiesen ser igualmente satisfactorias o menos gravosas, es importante señalar que dichos elementos no constituyen los únicos indicios posibles de ser esgrimidos en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. Por ende, el hecho que dicho administrado no haya aludido alguna medida alternativa a la que es cuestionada en el presente procedimiento, no enerva los indicios [de arbitrariedad] presentados en este caso y reseñados en los puntos 35, 36 y 37 de esta resolución.

39. En atención a lo expuesto, se concluye que la denunciante aportó elementos de juicio (indicios) de la posible existencia de una barrera burocrática carente de razonabilidad, por lo que corresponde proseguir con el análisis de la misma.” En: Resolución No. 0056-2017/SDC-INDECOPI del 2 de febrero de 2017.

<sup>126</sup> Escrito No. 3 de los denunciante del 17 de enero de 2012.

<sup>127</sup> **Decreto Legislativo No. 1256 – versión original**

**“Artículo 15.- Condiciones para realizar el análisis de razonabilidad**

La Comisión o la Sala, de ser el caso, realiza el análisis de razonabilidad de una barrera burocrática en los procedimientos iniciados a pedido de parte, siempre que el denunciante presente indicios suficientes respecto a la carencia de razonabilidad de la misma en la denuncia y hasta antes de que se emita la resolución que resuelve la admisión a trámite de esta. (...)”

<sup>128</sup> **Decreto Legislativo No. 1256 – versión actualizada**

**“Artículo 16.- Indicios sobre la carencia de razonabilidad**

16.1 Los indicios a los que hace referencia el artículo precedente deben estar dirigidos a sustentar que la barrera burocrática califica en alguno de los siguientes supuestos:

a. Medida arbitraria: es una medida que carece de fundamentos y/o justificación, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo de la medida; y/o”

si la medida “*resulta excesiva en relación con sus fines y/o respecto de la cual existe otra u otras medidas alternativas que puedan lograr el mismo objetivo de manera menos gravosa*”<sup>129</sup>.

302. A diferencia de la Resolución 182-97, en el artículo 16.2<sup>130</sup> la Ley de Barreras Burocráticas se estableció una lista no taxativa de argumentos no podrían ser considerados como indicios de falta de razonabilidad tales como (i) no referirse a la medida cuestionada, (ii) que cuestionen la pertinencia de una política pública, (iii) alegaciones o afirmación genéricas que no justifican la arbitrariedad o desproporcionalidad y (iv) alegar como único argumento que la medida genera costos.
303. Esta disposición fue modificada por la Ley No. 31755, emitida el 30 mayo de 2023, que buscaba delimitar los alcances de las labores de INDECOPI a fin de que la autoridad deje de evitar el análisis de casos complejos o sensibles que podrían generar controversias con otras entidades del sector público<sup>131</sup>. Así, bajo la redacción actual y vigente del artículo 15<sup>132</sup> de la Ley de Barreras se flexibilizó el estándar aplicado por INDECOPI para el análisis de indicios de razonabilidad siendo que, en la actualidad, se exige que el denunciante “*cuestione la razonabilidad de la medida y presente algún indicio que sustente tal afirmación*” [Énfasis agregado] ya no “*indicios suficientes*”.
304. Asimismo, al modificar el artículo 16 de la Ley de Barreras Burocráticas se retiró de la lista de argumentos no considerados como indicios la presentación de alegaciones o afirmaciones genéricas sin justificar las razones de la arbitrariedad o desproporcionalidad.
305. Al respecto, considero que incluso bajo estándar de evaluación más flexible de la Ley Barreras Burocráticas actual, las alegaciones presentadas por el denunciante no califican como algún indicio de razonabilidad de arbitrariedad o desproporcionalidad. En efecto, como señalé previamente, el argumento presentado era un cuestionamiento a la

<sup>129</sup> **Decreto Legislativo No. 1256 – versión actualizada**

**“Artículo 16.- Indicios sobre la carencia de razonabilidad**

16.1 Los indicios a los que hace referencia el artículo precedente deben estar dirigidos a sustentar que la barrera burocrática califica en alguno de los siguientes supuestos:

(...) b. Medida desproporcionada: es una medida que resulta excesiva en relación con sus fines y/o respecto de la cual existe otra u otras medidas alternativas que puedan lograr el mismo objetivo de manera menos gravosa.”

<sup>130</sup> **Decreto Legislativo No. 1256 – versión original**

**“Artículo 16.- Indicios sobre la carencia de razonabilidad**

(...) 16.2 Sin que se considere como una lista taxativa, no se consideran indicios suficientes para realizar el análisis de razonabilidad los siguientes argumentos:

a. Que no se encuentren referidos a la barrera burocrática cuestionada.

b. Que tengan como finalidad cuestionar la pertinencia de una política pública.

c. Alegaciones o afirmaciones genéricas. Se deben justificar las razones por las cuales se considera que la medida es arbitraria y/o desproporcionada.

d. Alegar como único argumento que la medida genera costos.”

<sup>131</sup> “6.7 Sobre la actuación del INDECOPI en la eliminación de barreras burocráticas

(...) Los expertos señalan que hoy la administración pública busca evitar el análisis de casos complejos o sensibles que podrían generar algún tipo de controversia con otras entidades del sector público. No obstante, lo mencionado por los expertos no es una hipótesis basada en ideas, sino que se fundamenta en un cuadro de denuncias declaradas fundadas por el Indecopi (...)

Como se puede apreciar, del 2015 al 2020 han disminuido considerablemente los casos fundados (en morado), es por ese motivo que se sostiene la posibilidad de que el INDECOPI estaría evitando controversias con otras entidades del sector público en perjuicio de los agentes económicos y, sobre todo, en perjuicio de la sociedad. (...)

Es por ese motivo, que esta Comisión considera la necesidad de precisar el alcance y condiciones del análisis de legalidad y el análisis de razonabilidad en aras de defender los derechos tutelados de los afectados directamente con presuntas barreras burocráticas.” Dictamen de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del 16 de marzo de 2023, pág. 26 y 27. Disponible en: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/ODM4MTM=/pdf>

<sup>132</sup> **Decreto Legislativo No. 1256 – versión actualizada**

**“Artículo 15. Condiciones para realizar el análisis de razonabilidad**

La Comisión o la Sala, de ser el caso, realiza el análisis de razonabilidad de una barrera burocrática en los procedimientos iniciados a pedido de parte, siempre que el denunciante cuestione la razonabilidad de la medida y presente algún indicio que sustente tal afirmación. (...)

definición de “espacios públicos cerrados” que podría considerarse como un cuestionamiento a la pertinencia de una política pública, supuesto expresamente excluido como indicio de razonabilidad según el artículo 16 de la norma. Por tanto, incluso bajo el marco normativo vigente, las alegaciones de los Denunciantes no hubieran sido consideradas como indicios de carencia de razonabilidad.

#### III.4.2 ¿La medida cuestionada era carente de razonabilidad?

306. Sin perjuicio de lo anterior, asumiendo que los Denunciantes hubieran cumplido con presentar indicios suficientes sobre la arbitrariedad y/o desproporcionalidad de la medida, considero que la Ordenanza 349-MM es carente de razonabilidad.
307. Conforme a la metodología de la Resolución 182-97, si el INDECOPI determina que existen indicios razonables sobre la irracionalidad de la barrera burocrática denunciada, solicitará a la entidad acreditar su racionalidad por medio de la siguiente información:

*“b. En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión:*

- (i) El interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella.*
- (ii) Que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar.*
- (iii) Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión, en términos generales, que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto.”<sup>133</sup>*

[Énfasis agregado]

308. Con esta información, la autoridad evaluará la proporcionalidad de la medida en base a los costos y beneficios generados por esta:

*“c. Sobre la base de los elementos de juicio aportados por la entidad denunciada, corresponde a la Comisión efectuar un balance de los costes privados que se derivan de la exigencia cuestionada, frente a los posibles beneficios públicos previstos, a fin de determinar la racionalidad de la medida (esto es, si se encontraba justificada, si era proporcional a los fines previstos y si no generaba tratos discriminatorios). Debe recordarse que, dado que las exigencias impuestas sobre los agentes económicos generan sobrecostos para el funcionamiento del mercado, corresponde a la entidad denunciada probar la racionalidad de las cargas o restricciones establecidas.”<sup>134</sup>*

[Énfasis agregado]

---

<sup>133</sup> Ídem

<sup>134</sup> Ídem

309. Así, como indica el flujograma incluido en dicha decisión, al realizar el análisis de racionalidad, la autoridad debía verificar (i) “*si la exigencia se encuentra o no justificada por el interés público*”<sup>135</sup>, (ii) “*si las cargas o restricciones impuestas son o no proporcionales a los fines que se quiere alcanzar*”<sup>136</sup> y (iii) “*si existían o no otras opciones para lograr el mismo objetivo con menores costos*”<sup>137</sup>.
310. Al respecto, el INDECOPI ha acogido los parámetros del test de razonabilidad aplicados por el Tribunal Constitucional en distintas<sup>138</sup> y, en base a ello, desarrolló el contenido de cada uno de los niveles de análisis de razonabilidad<sup>139</sup>.
- **¿La medida está justificada en un interés público?**
311. No, considero que **la definición contenida en el Ordenanza 349-MM no se encuentra fundada en un interés público tutelable**. Ello pues, a esa fecha, ya existían medidas que lograban proteger adecuadamente el derecho a la salud de las personas y la erradicación del consumo de tabaco como la prohibición de fumar en lugares públicos cerrados entre paredes. Veamos.
312. A fin de evaluar si la medida se encuentra justificada en un interés público corresponde determinar la existencia de un interés público tutelable o un problema público existente que requiere ser resuelto mediante una medida regulatoria.
313. Conforme a los criterios desarrollados por la Sala, la determinación de la existencia de un interés público tutelable no solo implica verificar si una materia en general es o no un asunto público sino determinar si la medida denunciada tiene por objeto solucionar un problema concreto que afecta a la población y cuya existencia ha sido debidamente acreditada por parte de la entidad denunciada<sup>140</sup>. En ese sentido, corresponderá verificar “*a) si lo que se pretende tutelar califica como un interés público; b) si existe una problemática que afecte el interés público señalado; y, c) si la medida (...) tiene la aptitud suficiente para solucionar la referida problemática.*”<sup>141</sup>
314. Según la Municipalidad, el interés público que justificó la emisión de la Ordenanza 349-MM fue “*proteger a la persona, la familia y la comunidad contra las consecuencias de la exposición del humo de tabaco, a fin de reducir dicho consumo y exposición de manera continua y sustancial*”<sup>142</sup>. Asimismo, respecto a la medida recogida en el Reglamento de la Ley Antitabaco, el MINSA señaló que tenía por objeto “*disminuir y, si fuera posible, eliminar el consumo de un producto calificado como droga y que es dañino para la salud*”<sup>143</sup>.
315. Si bien los fines alegados constituyen políticas que forman parte del interés público nacional en materia de salud, considero que la medida bajo análisis no cumple con ser idónea para alcanzar dicho fin.

<sup>135</sup> *Ibidem*, Flujograma.

<sup>136</sup> *Ídem*.

<sup>137</sup> *Ídem*.

<sup>138</sup> Ver las sentencias recaídas en los Expedientes No. 00579-2008-AA, 00016-2009-AI, 000316-2011-AA, 03455-2021-AA, 02519-2022-AA y 04949-2022-AA.

<sup>139</sup> Ver las Resoluciones No. 1458-2009/SC1-INDECOPI, 3282-2010/SC1-INDECOPI y 1339-2011/SC1-INDECOPI.

<sup>140</sup> Fundamento 23 de la Resolución No. 008-2017/SDC-INDECOPI.

<sup>141</sup> Fundamento 35 de la Resolución No. 0296-2017/SDC-INDECOPI

<sup>142</sup> Escrito de Descargos de la Municipalidad, pág. 9

<sup>143</sup> Escrito del MINSA del 26 de marzo de 2012, pág. 5 y 6

316. Conforme al Tribunal Constitucional la idoneidad es la capacidad que tiene una medida para alcanzar un objetivo legítimo<sup>144</sup>. Así, una medida será idónea si ésta coadyuva a la protección del interés público invocado por la entidad que impone la medida. De no cumplir con este requisito, la medida es carente de razonabilidad porque limitaría los derechos de los Denunciantes sin solucionar el problema público que la sustenta.
317. Sobre el particular, la Municipalidad y el MINSA justifican la definición amplia de “espacios públicos cerrados” de la Ordenanza 349-MM y del Reglamento de la Ley Antitabaco en dos finalidades (i) reducir el consumo de tabaco y (ii) reducir la exposición de las personas al humo de tabaco.
318. Sobre la primera finalidad, no se cumple el requisito pues ya existen medidas orientadas a la reducción del consumo de tabaco reguladas incluso en la propia Ley Antitabaco a través de disposiciones sobre restricciones la venta y publicidad de este producto. En efecto, conforme a esta ley, la forma de fomentar la reducción del consumo de tabaco no es limitando los espacios públicos a donde pueden acudir los fumadores, sino imponiendo cargas adicionales a su adquisición, limitando su publicidad e informando a los consumidores sobre sus consecuencias. Como se puede observar, este tipo de medidas están vinculadas a influir en la decisión de compra del producto a fin de desincentivarlo.
319. Sobre el segundo interés público alegado, considero que ya existen medidas que protegen a las personas no fumadores de la exposición del humo de tabaco por lo que no se trata de un interés público tutelable. En el efecto, para la promulgación de la Ley Antitabaco y su modificatoria, se evaluaron una serie de medidas dirigidas a proteger a los no fumadores de la exposición al humo de tabaco y, en base a ello, el legislador decidió que la mejor forma de proteger este interés público era disponer en el artículo 3 de la norma la prohibición de fumar en:
- ✓ Establecimientos de salud
  - ✓ Establecimientos de educación
  - ✓ Dependencias públicas
  - ✓ Interiores de lugares de trabajo
  - ✓ Cualquier medio de transporte público
  - ✓ Espacios públicos cerrados (cubiertos por un techo y cerrados entre paredes)
320. En ese sentido, con la información disponible a esa fecha, para el legislador las medidas dispuestas por la Ley Antitabaco eran suficientes para atender dicho interés público por lo que se encontraba debidamente tutelado. En ese sentido, no era necesario emitir medidas adicionales y contradictorias a las ya dispuestas en la ley.
321. En efecto, a la fecha de emisión de la Ley Antitabaco el legislador determinó que para proteger la salud de los no fumadores correspondía prohibir las zonas para fumadores en lugares cerrados que, hasta entonces, sí estaba permitido. No obstante, no era intención del legislador -y tampoco una necesidad- prohibirlo en absolutamente todas las zonas de los locales comerciales “libres” que, por sus características, sí permiten la

---

<sup>144</sup> “En esta fase se analiza si 1) la medida sujeta a evaluación (...) está realmente encaminada a alcanzar el estado de cosas que se busca lograr [es decir, si la medida es idónea para alcanzar el “objetivo” que se propone en la realidad], y 2) si dicho objetivo realmente sirve para satisfacer la finalidad constitucional que se invoca [si la medida es idónea para optimizar el “fin constitucional” invocado].” En: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 02519-2022-PA/TC.

circulación de aire libre de tabaco. Así fue reconocido en los debates de la mencionada modificación de la Ley Antitabaco<sup>145</sup>:

*“El señor Rebaza Martell (PAP).- (...) En consecuencia yo creo que podemos avanzar en el sentido de la 28705, y como podemos avanzar, si es que tenemos en el artículo tres de la ley aludida, solamente está prohibido fumar en los lugares públicos como instituciones educativas, hospitales, etcétera, y que en los centros de entretenimiento ahora está permitido establecer áreas de fumadores; **podemos avanzar si es que se prohíbe fumar en los ambientes cerrados y en los ambientes de uso común, como se está planteando en el dictamen del proyecto de ley. En los ámbitos abiertos de un hotel, de un hospedaje, de otros centros de entretenimiento definitivamente, yo creo que ahí podrán fumar, no hay ningún problema.**” (...) Yo creo que hay consenso en el sentido de que en los centros de entretenimiento y en las áreas cerradas y las de uso común está prohibido, pero en las áreas que son libres no hay ninguna razón para prohibir”*

[Énfasis agregado]

322. Por lo anterior, es evidente la restricción establecida en la 349-MM consistente en la prohibición de fumar en lugares materialmente abiertos (con más de una pared) no se justifica en un interés público que requería dicha intervención ni es idónea para alcanzar los fines de salud pública alegados por la Municipalidad y por el MINSA. Por tanto, esta medida no superaría el análisis de razonabilidad por lo que la Comisión y/o la Sala debieron declarar que dicha medida constituye una barrera burocrática ilegal y carente de razonabilidad.
323. En el supuesto negado que se considere que la medida cuestionada estaba a orientada a proteger un interés público como la salud de las personas y la erradicación del consumo de tabaco y que resultaba idónea para protegerlo, procederé a analizar su proporcionalidad.
- **¿La medida es adecuada o razonable según sus fines?**
324. No, considero que **la definición contenida en el Ordenanza 349-MM no era adecuada ni razonable a sus fines** pues esta medida genera una prohibición prácticamente absoluta de fumar en locales comerciales que genera altos costos a las empresas y a las personas en ejercicio de su libertad deciden fumar, sin generar ventajas que la justifiquen.
325. Conforme a la Sala, citando al Tribunal Constitucional, este análisis implica verificar si la medida denunciada guarda una relación razonable con el fin que se presente alcanzar *“a través de un balance entre sus costos y sus beneficios”*<sup>146</sup> de tal manera que se

<sup>145</sup> Los debates corresponden a los Proyectos de Ley No. 2996/2008-CR y 3008/2008-CR, los cuales tenían como propósito modificar la Ley No. 28705. Estos debates fueron llevados a cabo por la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos el día 26 de mayo del 2009, en el Congreso de la República.

<sup>146</sup> “35. Al respecto, como señala el Tribunal Constitucional, *“a través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se busca establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios”*. Ver: Resolución No. 0304-2017/SDC-INDECOP

concluya que “*las ventajas para la colectividad son mayores que las limitaciones que se producen para todos los agentes involucrados.*”<sup>147</sup>

326. Considerando que la medida denunciada no es idónea para tutelar el interés público invocado, en consecuencia, no genera beneficios para la sociedad. Mas bien, impone una serie de costos a los agentes económicos que la hacen desproporcional a sus fines.
327. Al respecto, el MINSA ha reconocido que esta medida afecta a la libertad de empresa y al libre desarrollo de la personalidad de las personas fumadoras, no obstante, señala que esta restricción es mínima:

***“la prohibición de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores y de fumar en áreas abiertas de los establecimientos que sean solo para adultos, restringen en menor grado los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, contrario a ello, se alcanza un nivel altamente satisfactorio a la protección al derecho a la salud, reduciendo significativamente el consumo de una sustancia con el efecto adictivo y sumamente dañina no solo para la salud del que fuma, sino también para quien no lo hace”***<sup>148</sup>

[Énfasis agregado]

328. No obstante, considero que la prohibición contenida en la Ordenanza 349-MM afecta la libertad de empresa de las Denunciantes porque no van a poder disponer libremente de la distribución de sus locales comerciales, además implica costos adicionales de personal para el monitoreo o control del consumo de tabaco en zonas que originalmente no estaban previstas para ello y, adicionalmente impide que las Denunciantes puedan obtener ingresos por la prestación de servicios orientados a los fumadores como la venta de cigarrillos y/u otros productos de tabaco.
329. Adicionalmente, esta prohibición también impone costos a las personas con derecho a fumar pues ven limitados los espacios en los cuales pueden desarrollarse libremente y, en lugar de poder movilizarse a otra zona abierta de un local la norma exige que tengan que salir del mismo. Esto implicaría una afectación a la libertad de elegir fumar o no ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como parte del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad<sup>149</sup>.
330. Tomando en cuenta lo anterior, la medida denuncia genera costos a la sociedad (empresas y ciudadanos), sin aportar ventajas que efectivamente justifiquen las restricciones impuestas por lo que se trata de una medida que no es adecuada ni razonable.
331. Por último, cabe señalar que la falta de razonabilidad de la medida se evidencia en que mediante esta definición amplia de “espacio público cerrado” se estaría prohibiendo el consumo en todos los ambientes de los locales comerciales, es decir, esta prohibición parcial se volvería prácticamente en una prohibición absoluta. Ello pues, para la

<sup>147</sup> “35. (...) Es decir, no basta alegar que una limitación satisface un interés público, sino que es necesario se efectúe un balance en el que la Municipalidad concluya que las ventajas para la colectividad son mayores que las limitaciones que se producen para todos los agentes involucrados.” Ver: Resolución No. 0304-2017/SDC-INDECOPI

<sup>148</sup> Escrito del MINSA del 26 de marzo de 2012, pág. 7

<sup>149</sup> “24. En consecuencia, el acto de fumar en tanto manifestación de libertad ejercida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual, todo límite a su ejercicio solo resultará constitucional en la medida de que sea respetuoso del principio de proporcionalidad.” Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 00032-2010-AI.

Municipalidad, los balcones, terrazas y otras áreas que tengan más de una pared constituyen “espacios públicos cerrados”; por lo que en los hechos se está prohibiendo fumar tanto en interiores como en exteriores, contrariamente a la intención del legislador.

332. Por tanto, la restricción establecida en la 349-MM no superaría el análisis de razonabilidad pues generaría más costos que beneficios a la sociedad por lo que la Comisión y/o la Sala debieron declarar que dicha medida constituye una barrera burocrática ilegal y carente de razonabilidad.

- **¿La medida es la menos gravosa?**

333. No, considero que **la definición contenida en el Ordenanza 349-MM no es la medida menos gravosa para los interesados**, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto pues adoptar la definición ya contenida en la Ley Antitabaco y, por tanto, las prohibiciones previstas en la ley constituyen medidas menos gravosas para proteger a los no fumadores de la exposición del humo de tabaco.

334. Al respecto, la Sala ha establecido que este análisis implica “*evaluar que las medidas adoptadas por la autoridad sean las opciones menos gravosas para los agentes económicos que concurren en el mercado*”<sup>150</sup>. En ese sentido, basta que se encuentre una opción menos gravosa que la medida cuestionada para comprobar que esta exigencia es irracional.

335. Del texto de la Ley Antitabaco se puede observar que la norma prevé una medida menos gravosa para poder alcanzar el interés público de evitar la exposición al humo de tabaco de las personas no fumadoras: la prohibición del consumo de productos de tabaco en los interiores de los establecimientos públicos, que se encuentran cerrados entre paredes y cubiertos por un techo. En efecto, como ha recodido el legislador en los antecedentes a la norma y el propio Tribunal Constitucional<sup>151</sup>, esta es una medida satisfactoria para proteger la salud del sector no fumador.

336. Esta medida naturalmente era menos gravosa que la alternativa dispuesta por la Municipalidad por la cual se dispone la prohibición de fumar en los interiores y exteriores de los locales comerciales (definición amplia de “espacio público cerrado”). Por tanto, la medida denunciada no constituye la opción menos gravosa para cautelar el interés público comprometido.

337. Por tanto, la medida analizada no hubiera superado el análisis de razonabilidad pues no cumple con ser una medida idónea para proteger un interés público tutelable, no es una medida proporcional a sus fines y tampoco es la medida menos gravosa para alcanzarlos. En ese sentido, considero que, en un posible análisis de razonabilidad, la Comisión y/o la Sala hubieran tenido que declarar que dicha medida constituía una barrera burocrática ilegal y carente de razonabilidad.

#### **IV. CONCLUSIONES**

338. Las Denunciantes interpusieron una denuncia en contra de la Municipalidad Distrital de Miraflores ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI por emitir barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad consistentes en las exigencias y prohibiciones contenidas en el tercer párrafo del artículo 2 y en el literal c) del artículo 3 de la Ordenanza 349-MM que establecían la prohibición de fumar en “espacios públicos cerrados” conforme a la definición prevista en la norma.

---

<sup>150</sup> Ver: Resolución No. 0304-2017/SDC-INDECOPI, fundamento 42.

<sup>151</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 0032-2010-AI, fundamento 148.

339. La Comisión, en primera instancia, declaró que como barreras burocráticas ilegales el tercer párrafo del artículo 2 y el artículo 3 de la Ordenanza 349-MM debido a que (i) la Municipalidad no se encontraba facultada a establecer este tipo de restricciones y (ii) la definición de “espacio público cerrado” contenida en dicha norma local desnaturalizada la definición de la Ley Antitabaco.
340. La Municipalidad y el MINSA, incorporado como tercero administrado, apelaron la decisión de la Comisión pues, a su criterio, la disposición no era ilegal pues recogía la definición prevista en las Directrices del Convenio Marco.
341. En segunda instancia, la Sala resolvió revocar la decisión de la Comisión y, reformándola, declaró fundada la denuncia. Para la Sala, si bien las Directrices no tienen efectos vinculantes, sirven para interpretar el origen, fundamento y modo de ejecutar el Convenio Marco. Además, señaló que la definición no contradice a la ley sino que estaría cumpliendo con otorgar contenido a una característica imprecisa y sujeta a múltiples interpretaciones, alineándose con lo dispuesto en el Convenio Marco y las Directrices.
342. La vocal Silvia Hooker emitió un voto discordia donde señaló que la Ley Antitabaco no contempló la prohibición de fumar en espacios de acceso al público que tengan más de una pared por lo que la definición era ilegal.
343. Al respecto, considero que la definición de “espacio público cerrado” establecida en la Ordenanza 349-MM constituye una barrera burocrática ilegal pues la Municipalidad no cuenta con facultades normativas para regular dicha definición conforme a las competencias reguladas en la LOM, las normas sectoriales sobre salud y medio ambiente y la Ley Antitabaco.
344. Dado que la Ley Antitabaco fue emitida por legislador específicamente para regular la materia de prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco, corresponde aplicar esta ley especial sobre las disposiciones generales de salud, salubridad y saneamiento la LOM. Así, las municipalidades distritales no cuentan con competencias normativas para regular la materia de prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco.
345. La Ley Antitabaco sí reconoce que las municipalidades distritales, en el marco de sus competencias, pueden realizar inspecciones para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en dicha norma. Estas labores de vigilancia y control se limitan a los alcances de la norma, y no implican una delegación de potestades normativas a favor de las municipalidades distritales. Por tanto, coincido con la posición de la Comisión respecto a las facultades de la Municipalidad. La Sala consideró que la Municipalidad no había ejercido facultades normativas.
346. En el supuesto negado que se considere que la Municipalidad sí contaba con facultades normativas para desarrollar la definición de “espacio público cerrado”, esta definición constituye una barrera burocrática ilegal pues incluye un concepto de “espacio público cerrado” más amplio que el establecido en el artículo 3 de la Ley Antitabaco.
347. De una interpretación literal, histórica y de *ratio legis* de la norma, la definición de “espacio público cerrado entre paredes” se refiere a los espacios sin comunicación con exteriores y cuya distribución no permite la salida de humo de tabaco (sin circulación de aire). En ese sentido, no calificará como espacio público cerrado aquellos espacios

públicos que permiten la circulación del humo de tabaco sea que tengan una (1) o más paredes.

348. ¿Qué no es un “espacio público cerrado” conforme a la Ley Antitabaco? No es un “espacio público cerrado” un espacio con una (1) o más paredes, una terraza, ni cualquier espacio público que permita la circulación de aire libre de tabaco sin afectar a las personas no fumadoras.
349. Esta ilegalidad es independiente de si la definición fue emitida por la Municipalidad o por el MINSA, pues debió ser acorde al texto del artículo 3 de la Ley Antitabaco sin limitar, ampliar y/o modificar la definición establecida en la norma ni supuestos de prohibición de consumo de tabaco previstos expresamente. Por tanto, coincido con la posición de la Comisión y discrepo con la opinión de la Sala según la cual esta definición no excede a la Ley Antitabaco.
350. Respecto a la aplicación de las Directrices, considero que el análisis de legalidad efectuado por la Sala no debió considerar el contenido de las Directrices pues, al no ser vinculantes y no haber sido incorporadas al ordenamiento jurídico peruano, no forman parte de los parámetros bajo los cuáles se debió analizar si la Ordenanza 349-MM y el Reglamento de la Ley Antitabaco eran contrarios o no al marco normativo.
351. Si bien la Comisión y la Sala no analizaron la razonabilidad de la medida, considero que de haberse realizado esta evaluación mi opinión es que esta medida es carente de razonabilidad pues no se basa en un interés público que requiere ser tutelado, no es proporcional a sus fines y no constituye la medida menos gravosa para alcanzarlos.

## V. BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

Morón Urbina, Juan Carlos. (2020). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (15th ed., Vol. 1). Gaceta Jurídica.

Quiroga, A. (2000). El Rango Normativo de las Ordenanzas Municipales. *Derecho & Sociedad*, 15, 325 y 327.

Rubio Correa, M. (2011). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Salmón, E. (2014). *Curso de Derecho Internacional Público*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

### Normas

Constitución Política del Perú, (1993).

Ley de Bases para la Descentralización, (2002).

Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), (1992).

Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, (2016).

Ley General de Salud, (1997).

Ley General del Ambiente, (2005).

Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo del tabaco, (2006).

Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, (2007).

Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, (2004).

Ley Orgánica de Municipalidades, (2003).

Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, (2007).

Régimen de Prevención y Control del Consumo de Tabaco y la Exposición al Humo de Tabaco en el Distrito de Miraflores, (2011).

Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, (2005).

Directrices para la aplicación Artículo 5.3, artículo 8, artículo 9, artículos 9 y 10, artículo 11, artículo 12, artículo 13, artículo 14 del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, (2013).

Ratifican el “Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco,” (2004).

Reglamento de la Ley No. 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, (2008).

Reglamento Sanitario de Piscinas, (2003).

Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, (2019).

### **Antecedentes normativos**

Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República. (2009a). *Dictamen - Proyectos de Ley No. 2996/2008-CR y 3008/2008-CR.*

Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República. (2009b). *Dictamen - Proyectos de Ley No. 2996/2008-CR y 3008/2008-CR.*

Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República. (2010a). *Texto sustitutorio de los Proyectos de Ley No. 2996/2008-CR y 3008/2008-CR.*

Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República. (2010b). *Texto sustitutorio de los Proyectos de Ley No. 2996/2008-CR y 3008/2008-CR.*

Comisión de Economía, B. F. e I. F. (2023). *Dictamen en mayoría - Proyectos de Ley No. 500/2021-CR y 4185/2022-CR, que propone la “Ley que modifica los artículos 3, 4, 7, 8, 9, 14, 15, 16, 18, 19, 23, 24, 27, 46 y 49 del Decreto Legislativo 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.”*

*Proyectos de Ley No. 2996/2008-CR – Ley que modifica la Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo de tabaco.* (2009).

Segunda Legislatura Ordinaria. (2010). Diario de Debates del Pleno del Congreso de la República. En *3era sesión.*

### **Jurisprudencia**

Resolución No. 182-97-TDC (el 16 de julio de 1997).

Expediente No. 018-2003-AI/TC (el 26 de abril de 2004).

Expediente No. 2868-2004-AA/TC (el 24 de noviembre de 2004).

Expediente No. 047-2004-AI/TC (el 24 de abril de 2006).  
Expediente No. 00006-2010-PI/TC (el 28 de septiembre de 2010).  
Resolución No. 085-2011/CCD-INDECOPI (el 18 de mayo de 2011).  
Expediente No. 00032-2010-AI (el 19 de julio de 2011).  
Resolución No. 0119-2014/CEB-INDECOPI (el 14 de abril de 2014).  
Resolución No. 0740-2014/SDC-INDECOPI (el 3 de octubre de 2014).  
Resolución No. 0832-2014/SDC-INDECOPI (el 2 de diciembre de 2014).  
Resolución No. 0165-2015/SDC-INDECOPI (el 17 de marzo de 2015).  
Sentencia Casación No. 11415-2013 (el 16 de julio de 2015).  
Resolución No. 008-2017/SDC-INDECOPI (el 9 de enero de 2017).  
Resolución No. 0056-2017/SDC-INDECOPI (el 2 de febrero de 2017).  
Resolución No. 0296-2017/SDC-INDECOPI (el 29 de mayo de 2017).  
Resolución No. 0304-2017/SDC-INDECOPI (el 30 de mayo de 2017).  
Resolución No. 0601-2017/CEB-INDECOPI (el 3 de noviembre de 2017).  
Resolución No. 0373-2018/SEL (el 19 de noviembre de 2018).  
Expediente No. 02519-2022-PA/TC (el 12 de marzo de 2024).