



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Pleno. Sentencia 23/2023

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ

VACCARO Y ROSEMARIE

PACHECO ORDÓÑEZ

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 06 de diciembre de 2022, los magistrados Morales Saravia, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich (con fundamento de voto), han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo respecto del extremo materia de recurso de agravio constitucional.
2. **CONDENAR** al pago de costas y costos a la parte emplazada, cuya liquidación queda a cargo del juez en la etapa de ejecución.

El magistrado Gutiérrez Ticse, en fecha posterior, votó por declarar fundada la demanda de amparo y se adhirió al fundamento de voto del magistrado Ochoa Cardich.

Por su parte, la magistrada Pacheco Zerga, en fecha posterior, emitió un voto singular por declarar improcedente la demanda.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

MORALES SARAVIA
PACHECO ZERGA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ

VACCARO Y ROSEMARIE

PACHECO ORDÓÑEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de diciembre de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia; con el abocamiento del magistrado Gutiérrez Ticse conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agrega el fundamento de voto conjunto de los magistrados Gutiérrez Ticse y Ochoa Cardich; y, el voto singular de la magistrada Pacheco Zerga, que se agrega. Sin la participación del magistrado Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro contra la resolución de fojas 278, de fecha 15 de mayo de 2017, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada en parte la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de julio de 2015, doña Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro y doña Rosemarie Pacheco Ordóñez interponen demanda de amparo contra don Gonzalo Campos Martínez y doña María del Rocío Martínez Gajate, con la finalidad de que se ordene a los demandados abstenerse de continuar con las constantes emanaciones de humo que provienen de su vivienda por el consumo incontrolado y permanente de cigarrillos, puesto que ponen en peligro sus derechos a la salud y a la vida.

Manifiestan que los demandados -residentes en el departamento de primer piso y ellas en el departamento del segundo piso-, consumen constantemente cigarrillos en la terraza de su departamento, y ello genera que el humo que expelen se filtre por la ventana de su departamento y se impregne en todos los ambientes, incluso en sus dormitorios, lo que pone en grave peligro su salud y su vida por el humo que inhalan, dado que ambas padecen de enfermedades que pueden agravarse con esa práctica de los demandados; quienes, pese a que se les informó sobre las enfermedades que padecen, hacen caso omiso a sus pedidos de cesar de fumar en la terraza de su departamento. Refieren que doña Rosamarie Pacheco Ordóñez padece de carcinoma basocelular en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ

VACCARO Y ROSEMARIE

PACHECO ORDÓÑEZ

el cuero cabelludo y doña Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro padece de hipertensión arterial, y en ambos casos sus médicos tratantes les han prohibido exponerse al humo del tabaco, puesto que puede provocar el agravamiento de esas dolencias, y que se ponga en grave peligro su salud y su vida.

Don Gonzalo Campos Martínez y doña María del Rocío Martínez Gajate proponen las excepciones de falta de legitimidad para obrar pasiva y de representación defectuosa o insuficiente de la demandante. Asimismo, contestan la demanda solicitando que se declare improcedente o infundada, argumentando que no se encuentra dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud prohibir fumar a las personas dentro de su propiedad privada, puesto que no está probado que fumar un cigarrillo afecte directamente a terceros; tanto más cuando en el presente caso las partes involucradas se encuentran separadas por un piso. Por otro lado, aducen que las demandantes no han cumplido con probar los hechos que sustentan su pretensión, puesto que las recomendaciones médicas y demás medios probatorios adjuntados no demuestran una relación de causalidad entre el hecho que se les atribuye (fumar cigarrillos) y el peligro y daño a la salud que alegan las demandantes; enfatizan que lo único que demuestran los certificados médicos es que ellas sufren de determinadas enfermedades.

El Decimoprimer Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 12 de octubre de 2015, declaró infundadas las excepciones propuestas, y con fecha 16 de mayo de 2016 declaró fundada en parte la demanda, por estimar que en el presente caso se ha acreditado que la vida y salud de las demandantes se ve afectada por la conducta de los emplazados, y que si bien no está probado que el humo de cigarrillo que proviene del departamento de los demandados haya desencadenado las enfermedades que padecen las recurrentes, sí las convierte en fumadoras pasivas, lo cual contribuye a que las enfermedades que sufren sigan presentes o se agraven. Agrega que no es posible ordenar a los demandados que se abstengan de fumar en su departamento, por lo que impone las siguientes reglas de conducta, a fin de minimizar la filtración del humo al departamento de las demandantes: i) que no se fume ni se permita fumar en los espacios abiertos; ii) que cuando se fume, o se permita fumar, se deberá cuidar que las ventanas de todo el inmueble se encuentren cerradas o selladas; y iii) que se selle y aisle el departamento de los demandados, a fin de que el humo que generan los cigarrillos no llegue o se filtre al departamento de las recurrentes, de modo que se deben



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ

VACCARO Y ROSEMARIE

PACHECO ORDÓÑEZ

realizar las remodelaciones, reparaciones, instalaciones o cualquier otra actividad necesaria para dicha finalidad.

La Sala superior revisora confirmó la apelada en el extremo que declaró fundada en parte la demanda y revocó las reglas impuestas por el juez de primera instancia y, reformándola en este extremo, ordenó que se prohíba temporalmente a los demandados fumar dentro de su departamento, en tanto que la codemandante Rosemarie Pacheco Ordóñez no recupere plenamente su estado de salud y se levante la proscripción médica de exposición al humo del tabaco mediante otro informe médico. Dispuso, asimismo, que la mencionada recurrente informe a la parte demandada cada tres meses si continúa la proscripción médica de no exponerse al humo de tabaco, y que para ello adjunte un informe médico expedido únicamente por el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (Inen). Por último, declaró improcedente la demanda en cuanto a la pretensión de la codemandante Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro.

FUNDAMENTOS

Delimitación de los extremos a emitir pronunciamiento

1. El recurso de agravio constitucional fue elevado a la presente instancia (fojas 325 y 330) contra el extremo de la sentencia de segunda instancia que declaró improcedente la demanda en cuanto a doña Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro. Siendo así, este Tribunal Constitucional solo se pronunciará sobre tal extremo, pues los otros, que fueron estimados en segunda instancia (por haberse declarado fundada en parte la demanda) constituyen cosa juzgada y no pueden ya ser revisados.

Sobre la pretensión de doña Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro

2. De la demanda se advierte que doña Rosemarie Pacheco Ordóñez y doña Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro interpusieron la presente demanda alegando que el humo de cigarrillo que su filtra a su departamento desde el departamento del primer piso, pone en peligro su salud y su vida. Esta última refiere que padece de hipertensión arterial y que, al igual que a su codemandante, también se le prescribió no exponerse al humo de tabaco.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ
VACCARO Y ROSEMARIE
PACHECO ORDÓÑEZ

3. La Sala superior desestimó la demanda en cuanto a doña Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro, considerando lo siguiente:

El concepto del colegiado, la protección al derecho a la salud y a la vida sólo se debería estimar a la codemandante Rosemarie Pacheco Ordóñez que padece de cáncer, por la naturaleza de su afección (cáncer), ya que padece de una enfermedad cuya degeneración celular podría tornarse en irremisible a diferencia de la hipertensión celular que padece la codemandada Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro, que no implica tener esa degeneración celular. En otros términos, el grado de impacto en ambas enfermedades es distinto.

4. Sin embargo, para amparar la demanda de doña Rosemarie Pacheco Ordóñez, la Sala superior argumentó que el humo de cigarro que se filtra hacia su departamento torna que el cáncer que padece (carcinoma basocelular) agrave su salud, e incluso, ponga en peligro su vida.
5. Cabe tener en cuenta que, en cuanto al derecho a la salud y su relación inseparable con el derecho a la vida, este Tribunal ha precisado lo siguiente:

La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida; y la vinculación entre ambos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de efectuar las acciones para instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento destinado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar al enfermo los medios que le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social.

El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida. Ello comporta una inversión en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, así como la puesta en marcha de políticas, planes y programas en ese sentido. (Sentencia emitida en el Expediente 02016-2004-PA/TC, fundamento 27)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ

VACCARO Y ROSEMARIE

PACHECO ORDÓÑEZ

6. La codemandante en el presente caso ha acreditado que padece de hipertensión arterial, por lo cual el médico le recomendó que “evite la exposición al humo de cigarrillo y otros humos de combustión ya que ello deteriora su salud e impide el buen control de la presión arterial que la aqueja” (f. 26).
7. Así las cosas, no solamente doña Rosemarie Pacheco Ordóñez tiene indicación médica de evitar exponerse al humo de cigarrillo; también la tiene doña Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro.
8. Cabe precisar que los emplazados, en su contestación de demanda, han confirmado que don Gonzalo Campos Martínez es fumador y que su consumo lo efectúa “dentro de los límites de su propiedad privada” (f. 98).
9. Asimismo, personal del Serenazgo y de la Policía Nacional han verificado que el humo de los cigarrillos que se consumen en la vivienda que habitan los emplazados se filtra a la vivienda de las demandantes, e incluso llega a ingresar a las habitaciones de descanso (cfr. f. 5, 12 y 16).
10. Ciertamente, las personas que viven en edificios de departamentos, por las particularidades de la propiedad horizontal, deben orientar sus conductas a la buena convivencia, ya que se trata de viviendas que comparten espacios que, lo quieran o no, tienen cierta injerencia en la vida de todos los propietarios o poseedores que las habitan. El tal sentido, es imprescindible que las reglas de convivencia se observen en estricto, a fin de no generar conflictos que puedan propiciar afectaciones a derechos fundamentales.
11. En el presente caso, se trata de ponderar el hábito de fumar de don Gonzalo Campos Martínez, en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de su personalidad, frente al derecho constitucional a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (inciso 22, del artículo 2 de la Constitución), así como al derecho a la salud (artículo 7 de la Constitución) de las demandantes, las cuales, en estos autos, han demostrado las particulares condiciones de su salud, que se ven afectadas por el humo del tabaco que ingresa a su vivienda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ

VACCARO Y ROSEMARIE

PACHECO ORDÓÑEZ

12. Es importante mencionar que la conducta denunciada como lesiva ocasionada por don Gonzalo Campos Martínez y permitida por la actitud pasiva de doña María del Rocío Martínez Gajate, en su calidad de propietaria del inmueble, afecta la buena y sana convivencia que deben procurarse las partes del presente proceso que, en este caso, son vecinos.
13. En efecto, en el artículo 16, inciso 6, del Reglamento Interno de la Unidad Inmobiliaria del Edificio “José Granda 105”, se estableció la obligación de los propietarios de “no afectar la seguridad o salubridad de la ‘Unidad Inmobiliaria’, no perturbar la tranquilidad y normal convivencia de los demás propietarios o vecinos, ni atentar contra la moral y las buenas costumbres” (f. 71); norma social interna que tiene por finalidad procurar una buena y sana convivencia, pero que en estos autos se ha visto incumplida por la parte emplazada, pese a ser una obligación autoimpuesta por los propietarios de la mencionada unidad inmobiliaria.
14. Siendo ello así, este Tribunal considera que, en el caso de autos, se encuentra acreditada tanto la vulneración de los derechos a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, como el derecho a la salud, de doña Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro, dado que su condición de hipertensa se ve afectada por encontrarse expuesta al humo del tabaco que proviene de la vivienda de los emplazados, razón por la cual este extremo de la demanda debe ser estimado.
15. Cabe resaltar lo siguiente con relación a la información que viene difundiendo la Organización Panamericana de la Salud, en su informe sobre la “Exposición al humo de tabaco ajeno en las Américas”¹:

No existe controversia alguna dentro de las comunidades médicas y científicas reconocidas sobre el daño causado por la exposición al humo de tabaco ajeno. Las organizaciones científicas y sanitarias competentes de todo el mundo, incluidas la Organización

¹ Informe de la Organización Panamericana de la Salud “Exposición al humo del tabaco ajeno en las Américas. Una perspectiva de derechos humanos”. Enero 2009. Publicado en <https://www.paho.org/es/documentos/exposicion-al-humo-tabaco-ajeno-americas-1>.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ
VACCARO Y ROSEMARIE
PACHECO ORDÓÑEZ

Panamericana de la Salud (OPS), la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer de la OMS, la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, la Agencia de Protección Ambiental de California y el Cirujano General de los Estados Unidos, han determinado que la exposición al humo de tabaco ajeno conlleva un grave riesgo para la salud. Por consiguiente, la exposición al humo de tabaco ajeno constituye una clara amenaza para la salud, la vida y la integridad física.

En el año 2005, la Agencia de Protección Ambiental de California publicó un análisis exhaustivo de las pruebas científicas existentes como parte de su propuesta para determinar que la exposición al humo de tabaco ajeno es un contaminante tóxico del aire de acuerdo con el código de salud y seguridad de California. Esta revisión confirmó las conclusiones alcanzadas durante más de veinte años de datos científicos que indicaban, la exposición al humo de tabaco ajena es responsable de una serie de enfermedades graves, y a menudo mortales, en niños y adultos.

(...)

... una exposición pasiva mayor al humo de tabaco probablemente aumente el riesgo de deteriorar la salud, los efectos adversos pueden incluso ocurrir sin necesidad de una exposición larga y sostenida. Un análisis reciente realizado por los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos (CDC) concluyó que un período de exposición de tan solo 30 minutos es suficiente para causar un infarto de miocardio (ataque cardíaco) en personas con enfermedades cardiovasculares existentes. Con base en este resultado, los CDC dirigieron una advertencia inusual, en la que recomendaron a las personas con enfermedades cardiovasculares evitar todo tipo de exposición al humo de tabaco ajeno.

16. También resulta importante enfatizar que el Perú, el 21 de abril de 2004, suscribió el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control de Tabaco (CMCT), el cual fue ratificado por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa 28280, del 24 de junio de 2004, y promulgado por el presidente de la República el 16 de julio del mismo año. En dicho tratado internacional de salud pública se ha establecido en su artículo 8, como mandato a cumplir, lo siguiente:

Protección contra la exposición al humo del tabaco

1. Las partes reconocer que la ciencia ha demostrado de manera inequívoca que la exposición al humo del tabaco es causa de mortalidad, morbilidad y discapacidad.
2. Cada Parte adoptará y aplicará, en área de la jurisdicción nacional existente y conforme determine la legislación nacional, medidas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ
VACCARO Y ROSEMARIE
PACHECO ORDÓÑEZ

legislativa, 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.

17. En virtud de dicho convenio internacional, el Perú dictó la Ley 28705, General para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco, destinada, entre otras cosas, a 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 de tabaco, a fin de reducir dicho consumo y exposición de manera continua y sustancial (artículo 1.1). En dicha ley, se otorgó a las municipalidades la facultad de vigilancia y cumplimiento de sus términos.
18. Asimismo, es importante poner de relieve el Informe sobre el control del tabaco en la Región de las Américas 2018, emitido por la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud²:

La prohibición total de fumar en lugares cerrados no es la meta final, ya que el CMCT requiere la aplicación de medidas de protección no solamente en los lugares cerrados, sino también en “otros” lugares públicos, es decir, exteriores o cuasiexteriores. Algunos países de la Región han actuado en este sentido y han prohibido fumar también en áreas abiertas de centros de estudios o de salud, o en lugares donde se permite la entrada de niños, entre otros. La industria del tabaco, en tanto, continúa proponiendo alternativas a los ambientes 100% libres de humo de tabaco, tales como como la ventilación y el establecimiento de áreas designadas para fumadores. No obstante, las directrices del artículo 8 del Convenio indican claramente que estas intervenciones no solucionan el problema; así, la prohibición completa de fumar en ambientes cerrados es la única intervención que protege efectivamente de los daños ocasionados por el humo de tabaco. Las directrices del artículo 8 también subrayan que se ha demostrado en repetidas ocasiones que la adopción de medidas voluntarias para lograr ambientes libres de humo es ineficaz y no ofrece una protección adecuada. Por ello, en los principios rectores de las directrices se establece que se necesita una legislación que asegure la protección universal de las personas contra la exposición

² Informe sobre el control del tabaco en la Región de las Américas 2018, emitido por la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud. Publicado en: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/49237>.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ

VACCARO Y ROSEMARIE

PACHECO ORDÓÑEZ

al humo de tabaco y que, para ser eficaz, dicha legislación debe ser simple, clara y de obligado cumplimiento.

19. Y, finalmente, conviene destacar que el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada y uniforme jurisprudencia, que la “eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1 de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que 'La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado'. Se trata, además, de una consecuencia que se deriva, en todos sus alcances, del propio artículo 38 de la Constitución, según el cual 'Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)'. Con dicho precepto constitucional se establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares con el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. De manera que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza reguladora de las relaciones jurídicas, se proyecta también a las establecidas entre particulares, por lo que cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos o desconocerlos, deviene inexorablemente en inconstitucional. En suma, pues, los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico (...) pues ellos forman parte esencial del orden público constitucional”. [Sentencia emitida en el Expediente 00976-2001-AA/TC, fundamento 5].
20. Teniendo en cuenta el elemento valorativo de nuestra Constitución, las obligaciones internacionales a las que se encuentra adscrito el Perú y la finalidad de la legislación nacional destinada a la protección de la salud menoscabada por el consumo del tabaco, corresponde que, en atención al principio de prevención, en el presente caso se determine una medida razonable destinada a garantizar los derechos de la demandante doña Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro, a fin de evitar menoscabo principalmente en su salud, dado que su condición médica puede convertirse en riesgosa si continúa, involuntariamente, como fumadora pasiva; sin que ello suponga un detrimento grave en el derecho al libre desarrollo de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ

VACCARO Y ROSEMARIE

PACHECO ORDÓÑEZ

personalidad de don Gonzalo Campos Martínez. Atendiendo a lo uno y a lo otro, este Tribunal dispone que se debe cumplir la siguiente medida:

En el marco de una sana y respetuosa convivencia, se prohíbe temporalmente a don Gonzalo Campos Martínez fumar dentro de su vivienda o en las áreas comunes próximas a su vivienda o a la vivienda de doña Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro, en tanto no se levante la indicación médica de no exposición al humo del tabaco existente a favor de esta última persona.

21. Finalmente, y habiéndose acreditado la vulneración de los derechos antes mencionados, corresponde condenar a la parte emplazada al pago de las costas y los costos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo respecto del extremo materia de recurso de agravio constitucional.
2. **CONDENAR** al pago de costas y costos a la parte emplazada, cuya liquidación queda a cargo del juez en la etapa de ejecución.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MORALES SARA VIA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH**

PONENTE MORALES SARA VIA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ

VACCARO Y ROSEMARIE

PACHECO ORDÓÑEZ



**FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS
GUTIÉRREZ TICSE Y OCHOA CARDICH**

Si bien nos encontramos de acuerdo con la conclusión central a la que apunta la sentencia, en la medida que declara fundada la demanda de amparo, debemos precisar, con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, que discrepamos de la fundamentación allí contenida, por lo que formulamos el siguiente fundamento de voto conjunto.

En primer lugar, consideramos importante mencionar que el libre desarrollo de la personalidad es un auténtico derecho fundamental, reconocido como tal en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución, el cual ha sido ampliamente desarrollado en copiosa jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Este derecho comprende, en resumidas cuentas, una “libertad general de acción” o un “derecho general de libertad”, que permite a las personas a hacer todo aquello que se propongan –incluso aunque pudiera parecer algo fútil o representar algo peligroso para quien la ejerce– siempre y cuando no se vulnere o ponga en serio riesgo los derechos constitucionales de terceras personas.

Asimismo, como todo derecho fundamental, el derecho al libre desarrollo de la personalidad puede ser objeto de eventuales restricciones e intervenciones, pero ello únicamente con base en la necesidad de proteger otros bienes jurídicos del mismo rango o valor constitucional. En tales casos, cuando exista un eventual conflicto entre derechos o bienes constitucionales, conforme a los estándares jurisprudenciales que viene utilizando este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, correspondería efectuar una ponderación, o un examen de proporcionalidad, con la finalidad de sopesar los bienes en juego y, con base en ello, adoptar una decisión que haya tomado en cuenta todos los bienes implicados.

Según se constata, en lo que aparece como fundamento 11 de la sentencia, si bien inicialmente se reconoce que la opción de fumar forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, inmediatamente después ocurre un giro argumentativo y sin mayor línea de continuidad respecto de la ponderación proclamada en dicho fundamento, se hace referencia a las normas de convivencia de la unidad inmobiliaria donde habitan las partes demandada y demandante, para pasar a indicar que fumar afectaría “la buena y sana convivencia”, poniendo énfasis en la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ

VACCARO Y ROSEMARIE

PACHECO ORDÓÑEZ

norma autoimpuesta contenida en el reglamento interno que prescribe “no perturbar la tranquilidad y normal convivencia de los demás propietarios o vecinos, ni atentar contra la moral y las buenas costumbres”. (fundamentos 12 y 13). Con base en lo anterior, sin que exista un análisis adicional en torno al eventual conflicto entre los derechos en colisión, se resuelve finalmente que “se encuentra acreditada tanto la vulneración del derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, como el derecho a la salud” (fundamento 14).

Al respecto, si bien parece claro que en el caso en concreto si existió una afectación importante del derecho a la salud (como aparece explicado en diversos fundamentos de la sentencia), se ha tratado al derecho al libre desarrollo de la personalidad sin la deferencia que le corresponde a un verdadero derecho constitucional, en el sentido de que su limitación no puede ser entendida como un ámbito que puede estar sujeto a cualquier limitación con base en la mera invocación al interés de terceros o de la comunidad, o como si se tratase de un mero derecho legal o uno creado tan solo por la voluntad individual. Precisamente, en el marco de entender al libre desarrollo como un verdadero derecho constitucional, pero que puede ser limitado siempre que existan otros bienes que pueden verse afectados gravemente (como como puede ocurrir, precisamente, cuando la libertad de fumar pueda terminar vulnerando o amenazando el derecho a la salud de los fumadores pasivos) este Tribunal se pronunció de manera contundente en la Sentencia 00032-2010-AI. En dicho caso se prefirió el derecho a la salud frente al derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero esto ocurrió luego de realizarse un completo examen de proporcionalidad, en el que se tomó en cuenta no solo las posibilidades jurídicas (v. gr. la existencia de otros diversos bienes jurídico-constitucionales implicados) sino también fácticas (por ejemplo: el impacto real en la salud y si había medidas que garanticen la existencia de ambientes verdaderamente libres de humo) de los derechos implicados en el conflicto iusfundamental existente.

Desde un punto de vista complementario, tomando en cuenta que el contenido del derecho a la salud comprometido en el presente caso opera, asimismo, como un derecho de protección (o también de defensa o inviolabilidad, que implica la protección de un ámbito protegido frente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ

VACCARO Y ROSEMARIE

PACHECO ORDÓÑEZ

a daños e injerencias arbitrarias), también podría haberse adoptado un enfoque que, insistiendo en el valor iusfundamental del derecho al libre desarrollo de la personalidad, explique que en efecto –como ya fue indicado *supra*— el límite para su ejercicio es el daño a terceros, y este ya fue oportunamente acreditado en el caso de autos, por lo que cabría su limitación, o una delimitación de su contenido que tome en cuenta esto último.

En cualquier caso, del análisis efectuado por la sentencia queda claro que no se le ha atribuido al derecho al libre desarrollo el valor constitucional que le corresponde, en especial, tomando en cuenta lo prescrito en su fundamento 20.

Al respecto, se prescribe que, “En el marco de una sana y respetuosa convivencia, se prohíbe temporalmente a don Gonzalo Campos Martínez fumar dentro de su vivienda o en las áreas comunes próximas a su vivienda o a la vivienda de doña Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro, en tanto no se levante la indicación médica de no exposición al humo del tabaco existente a favor de esta última persona” (subrayado agregado). Esta orden, si bien tiene el importante propósito de proteger la salud de las demandantes (cuando menos, de una de ellas), no toma en cuenta que el derecho al libre desarrollo *prima facie* le permitiría a las personas fumar en el interior de sus propias casas. Asimismo, parece más razonable y proporcional (o más orientado al propósito que se quiere alcanzar y menos grave, conforme al examen de proporcionalidad) el mandato que venía ordenado en la sentencia primer grado, que disponía más bien, conforme aparece en los antecedentes, que “i) no se fume ni se permita fumar en los espacios abiertos; ii) cuando se fume, o se permita fumar, se deberá cuidar de que las ventanas de todo el inmueble se encuentren cerradas o selladas; iii) se selle y aisle todo el departamento de los demandados, a fin de que el humo que generan los cigarrillos no llegue o se filtre al departamento de las recurrentes, de modo que se deben realizar las remodelaciones, reparaciones, instalaciones o cualquier otra actividad necesaria para dicha finalidad”. Bien vista, esta medida permitiría fumar a los demandados si así lo desean y ello sin contaminar o afectar la salud de los demandantes (desde luego, esta medida se adoptaría con cargo a verificar si el aislamiento es realmente efectivo; de lo contrario, sí cabría ordenar medidas más intensas, llegando a la prohibición absoluta de ser necesario).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC
LIMA
NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ
VACCARO Y ROSEMARIE
PACHECO ORDÓÑEZ

Finalmente, y en consonancia con las ideas antes expuestas, somos de la opinión que la presente sentencia plantea una respuesta de la que no puede extraerse una regla general aplicable a todos los casos por igual, sino que responde a las peculiaridades del conflicto suscitado y en el que, más que una prevalencia de un derecho por sobre otro (hipótesis que no comparto de ninguna manera), lo que corresponde es en efecto, una ponderación de bienes jurídicos empero debidamente formulada.

S.

**GUTIÉRREZ TICSE
OCHOA CARDICH**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC
LIMA
NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ
VACCARO Y ROSEMARIE
PACHECO ORDÓÑEZ



VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones.

Conforme se indica en la ponencia (fundamento 1), el recurso de agravio constitucional fue elevado a este Tribunal contra el extremo de la sentencia de segunda instancia que declaró improcedente la demanda en cuanto a la codemandante doña Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro. Siendo esto así, mi pronunciamiento se limitará a este extremo de la demanda.

La ponencia, en su fundamento 6, señala lo siguiente:

«La codemandante [Nancy Soledad Ordóñez Vaccaro] en el presente caso ha acreditado que padece de hipertensión arterial, por lo cual el médico le recomendó “evite la exposición a *humo de cigarrillo y otros humos de combustión* ya que ello deteriora su salud e impide el buen control de la presión arterial que la aqueja” (f. 26)» (la cursiva es nuestra).

A efectos de acreditar la afectación a la referida codemandante, la ponencia dice lo siguiente, en su fundamento 9:

«[...] se ha verificado por parte del personal del serenazgo y de la Policía Nacional, que el humo de los cigarrillos que se consumen en la vivienda que habitan los emplazados se filtra a la vivienda de las demandantes, e incluso llega a ingresar en las habitaciones de descanso (cfr. f. 5, 12 y 16)».

Sin embargo, si vamos a las instrumentales que obran en las fojas indicadas por la ponencia (5, 12 y 16), apreciamos que estas no hablan de filtración de *humo de cigarrillos* en la referida vivienda, sino de *olor a cigarrillo*.

En efecto, a fojas 5, está el documento titulado «Parte de Servicio-Inspección» de la Municipalidad de San Isidro, de fecha 06 de enero de 2015, donde se indica:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC
LIMA
NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ
VACCARO Y ROSEMARIE
PACHECO ORDÓÑEZ

«En atención a la llamada de centro de control me entrevisté con la denunciante quien brindó las facilidades a ingresar [sic] a su departamento, donde se pudo constatar el *olor a cigarrillo* en los tres dormitorios y en su sala proveniente del [ilegible] piso ya que un [ilegible] se pone a fumar su cigarro [sic] y con volumen alto en la música» (la cursiva es nuestra).

A fojas 12, obra una denuncia policial de la Comisaría PNP Orrantía, de fecha 27 de enero de 2015, formulada por la Sra. Nancy Soledad Ordoñez Vaccaro, donde se consigna:

«[...] EL SUSCRITO CON LA AUTORIZACIÓN DE LA RECURRENTE INGRESO A DICHO INMUEBLE PERCATÁNDOSE Y SINTIENDO UN *OLOR AL PARECER DE CIGARRO* [...]» (la cursiva es nuestra; mayúsculas en el original).

Por último, el documento a fojas 16 no está vinculado al consumo de cigarrillos por parte de los demandados, pues se trata una denuncia policial, de fecha 06 de abril de 2015, de doña Nancy Soledad Ordoñez Vaccaro contra el codemandado don Gonzalo Campos Martínez por «haber sido víctima de agresión verbal».

Como podrá advertirse, el Informe Médico, de fojas 26, dice que es preciso que la codemandante Nancy Soledad Ordoñez Vaccaro evite la exposición «a humo de cigarrillo». Sin embargo, ni el personal del serenazgo ni la Policía Nacional verifican la presencia de humo de cigarrillo en la vivienda de la codemandante, pues el serenazgo consigna «olor a cigarrillo» (fojas 5) y la Policía «olor al parecer de cigarro» (fojas 12).

Según el Diccionario de la Real Academia Española, *humo* es «mezcla visible de gases producida por la combustión de una sustancia, generalmente compuesta de carbono, y que arrastra partículas en suspensión». Por su parte, *olor* es «impresión que los efluvios producen en el olfato».

Así las cosas, considero que la presente controversia debe ser dilucidada en un proceso que cuente con etapa probatoria (cfr. artículo 13 del Nuevo Código Procesal Constitucional), donde se pueda determinar, con bases científicas, si el «humo» de cigarrillo, al que no debe exponerse la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 03065-2018-PA/TC

LIMA

NANCY SOLEDAD ORDÓÑEZ

VACCARO Y ROSEMARIE

PACHECO ORDÓÑEZ

codemandante por prescripción médica, es equiparable al «olor» a cigarrillo verificado por el personal del serenazgo y la Policía Nacional; si los riesgos de la exposición al *humo* del tabaco, destacados por la ponencia a partir de diversos instrumentos (cfr. fundamentos 15 a 18), son los mismos que al *olor* al cigarrillo; y si, por tanto, la codemandante puede ser «fumadora pasiva», como la califica la ponencia (fundamento 20), solo en base al olor y no al humo del tabaco.

Por tal motivo, considero que el extremo de la demanda materia del presente recurso de agravio constitucional debe ser declarado improcedente, de conformidad con el artículo 7, inciso 2, del Nuevo Código Procesal Constitucional (artículo 5, incisos 2, del Código vigente al momento de plantearse la demanda), pues se trata de un asunto que se debe dilucidar en otro proceso que cuente con etapa probatoria.

Por estas razones, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo respecto al extremo materia del presente recurso de agravio constitucional.

S.

PACHECO ZERGA