



Exp: 12-004198-0007-CO

Res. N° 2012007897

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas treinta minutos del trece de junio de dos mil doce.

Acción de inconstitucionalidad promovida por Rodrigo Alberto Herrera Fonseca, mayor, portador de la cédula de identidad número 0401450851, vecino de Heredia, en su condición de apoderado especial de Jimmy Alberto Leitón Álvarez, mayor, cédula de identidad 0109920741; José Pablo Araujo Segura, mayor, cédula de identidad 0111720304; Carmen Eugenia Campos Montero, mayor, cédula de identidad 0106960078; Teresa Paniagua Segura, mayor, cédula de identidad 0602180647; Luis Franklin Moncada Bello, mayor, cédula de identidad 0800400508; Ingrid Chavarría Urbina, mayor, cédula de identidad 0109560489; Greivin Ramírez Luna, mayor, cédula de identidad 0110510610; Jeffrey Gustavo Rojas Valverde, mayor, cédula de identidad 0109290821; Jonathan Castro Hernández, mayor, cédula de identidad 0109530744; Silvia Hernández Aguilar, mayor, cédula de identidad 0104140215; Michael Alonso Montero Chaves, mayor, cédula de identidad 0401750213; Walter Montero Flores, mayor, cédula de identidad 0602050149; Jonathan Miguel Arrieta Ulloa, mayor, cédula de identidad 0112470392; Ademar Chaves Araya, mayor, cédula de identidad 0502250351; María del Rosario González Chaves, mayor, cédula de identidad 0401530346; y Luis Antonio Castillo Martínez, mayor, cédula de identidad 0111450859; todos concesionarios de sodas escolares y colegiales, con excepción de Chavarría Urbina y Chaves Araya que son proveedores de sodas; contra el **Decreto Ejecutivo número 36910** denominado "Reglamento para el

EXPEDIENTE N° 12-004198-0007-CO

Funcionamiento y Administración del Servicio de Soda en los Centros Educativos Públicos".

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 28 de marzo del 2012, el accionante interpone acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto Ejecutivo número 36910, "Reglamento para el Funcionamiento y Administración del Servicio de Soda en los Centros Educativos Públicos", publicado en La Gaceta Alcance Digital número 7 del 12 de enero de 2012, bajo el lema de una buena alimentación, alimentación saludable y protección a la salud de la comunidad educativa de los escolares y colegiales en los centros de educación. Indica el accionante que su legitimación deriva del procedimiento administrativo ordinario de nulidad, revocatoria y derogatoria que se tramita ante el Ministerio de Educación Pública en contra de la norma impugnada. Manifiesta que este Decreto establece e impone una serie de limitaciones y prohibiciones relativas a la venta de productos alimenticios que son considerados dañinos para la salud. El Decreto impugnado contempla que serán las Juntas de Educación o Administrativas las que podrán desarrollar el servicio de soda en las instituciones, ya sea directamente o por medio de concesión, en detrimento de la competencia de las Municipalidades, que son las que legalmente deben otorgar la respectiva patente junto con el Ministerio de Salud. Es criterio del accionante que la norma objeto de esta acción, al establecer toques de azúcares, grasas y otros indicadores, impide la preparación de productos que no pueden ser producidos en las condiciones obligadas, por lo cual se prohíbe materialmente la venta de todo tipo de productos de consumo tipo "snack", así como frituras, refrescos gaseosos y naturales con preservantes en envases tetra brick, cartón, plástico o metal, así como otros productos preparados en las mismas sodas como empanadas, hamburguesas, tacos chorreadas, confites, chocolates y cualquier otro alimento que contenga esa composición ahora prohibida, cuya lista sería interminable. Afirma que el Decreto es absurdo por cuanto prohíbe hasta la venta de productos sanos como yogurt natural, helados, galletas de harina integral, incluso banano o naranja, pues por cada 250 mililitros

EXPEDIENTE N° 12-004198-0007-CO

de naranja se extrae un 12% de azúcar y el Decreto ordena un máximo de un 6% de azúcar. Se implementan prohibiciones en una tabla temporal hasta llegar a las limitaciones totales de venta, por cuanto se afecta el expendio de más de la mitad de todos aquellos productos y alimentos que venden las sodas escolares, pues por su bajo precio y buen sabor son adquiridos por los estudiantes. Alega que los mismos productos se pueden vender y distribuir en sodas, pulperías y supermercados libremente para el consumo de personas de todas las edades con autorización del Estado y permisos de salud; sin embargo a través del Reglamento impugnado sí resultan perjudiciales para estudiantes y se prohíbe su venta en las sodas escolares y colegiales bajo la premisa de una alimentación saludable y del resguardo y protección de la salud de la comunidad educativa, lo cual - en su criterio- violenta la libertad de comercio, ya que dichos productos no son perjudiciales para la salud, pues cuentan con el respectivo permiso de salud y aprobación del Estado para ser vendidos y producidos en todo el territorio nacional. Afirma que las limitaciones impuestas derivan en la prohibición de venta de más de la mitad de todos los productos y alimentos que venden las sodas escolares, que aseguran ser, los preferidos por los consumidores estudiantiles. Sostiene que la norma impugnada violenta el principio de irretroactividad de la ley, en tanto los concesionarios de sodas que deben acatar las disposiciones del Decreto impugnado tenían contratos de concesión ya firmados desde antes de la entrada en vigencia del mismo. Establece que estos concesionarios tienen contratos de compra directa con determinados proveedores y tienen el deber de venta de los bienes derivados de dichos contratos. Aduce que el Decreto impugnado afecta, limita y modifica de hecho y de derecho el contenido de las contrataciones previas de todos los concesionarios de sodas escolares del país, provocando que incumplan lo pactado con cada Junta y que se vean imposibilitados de continuar ejerciendo su actividad. Todos aquellos productos a los que el Estado les ha otorgado su permiso de salud ahora son prohibidos. Arguye que la norma ejecutiva resulta contraria a los principios constitucionales de irretroactividad de la ley y derechos adquiridos contemplados en los artículos

34 y 39 de la Constitución Política, en tanto los contratos de concesión de sodas son actos jurídicos previos al Decreto Ejecutivo impugnado, realizados con base y tomando en cuenta productos que el mismo Estado ha tenido como sanos y aptos para su consumo humano a cualquier edad, que ahora vía ejecutiva prohíbe a partir del curso lectivo 2012. Todos los productos alimenticios sólidos y líquidos que según su composición se contemplan como prohibidos para su venta en las sodas escolares y colegiales, sean aquellos que tienen como ingredientes azúcares, grasas, grasas saturadas, concentrados artificiales, carbonatados, energéticos, embutidos, manteca, aceite, margarina con ácidos grasos transgénicos, entre otros, cuentan con el aval y autorización de venta y permisos de salud para su consumo humano en todos los establecimientos comerciales del país, ya sea que se produzcan en el país o se importen ya empacados. Argumenta que incluso las Juntas de Educación se verán afectadas por la norma impugnada, toda vez que tenían contratos de provisión, exclusividad y comodatos con grandes empresas de alimentos y bebidas, los cuales no podrán ejecutarse pese a que estas empresas han realizado adelantos en obras como pintura con publicidad y mobiliario como urnas y enfriadores. Considera que, en caso de que se confirme la constitucionalidad del Decreto, lo procedente sería que dicha normativa rigiera a partir del vencimiento o ejecución natural de los contratos de concesión antes mencionados. Acusa que todos los productos cuya venta es prohibida por el Decreto impugnado cuentan con el aval estatal para su consumo, lo cual comprueba que no representan ningún problema para la salud de las personas de cualquier edad. Remite a una lista de productos sanos que también quedaron prohibidos con dicho Decreto, entre los cuales están el yogurt natural, las galletas integrales e incluso algunas frutas, lo cual consideran desproporcionado. Reitera que los productos cuya venta en escuelas queda prohibida no son perjudiciales para la salud, en tanto el mismo Ministerio de Salud los tiene aprobados como saludables, aptos y consumibles, y no se limita su comercio y venta en otros establecimientos comerciales. Estiman que el Decreto objeto de esta acción es irracional y desigual por cuanto mientras en el comercio en general a los mismos estudiantes se les permite consumir

determinados productos a todas horas, a los concesionarios y distribuidores se les impide bajo las mismas circunstancias comerciar los mismos bienes. Explica que las sodas deben tener un surtido amplio y accesible a personas de bajos recursos en tanto los centros educativos no cubren gratuitamente ni el 50% de la alimentación de los educandos, lo cual se torna imposible a la luz de la norma impugnada. Manifiesta que las limitaciones a garantías constitucionales y libertades públicas solo pueden ser impuestas por una ley debidamente emitida por la Asamblea Legislativa, contrario a lo que alegan que ocurre en el presente caso, en el cual se restringe la libertad de comercio por vía de Reglamento y se brinda a las Juntas de Educación la potestad de otorgar la concesión de la soda y su permiso de funcionamiento, lo cual va en detrimento de la autonomía municipal, ya que la corporación municipal es la encargada de otorgar las patentes de funcionamiento y definir que tipo de bienes y servicios pueden ser ofrecidos. Solicita que se declare la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

2.- Por escrito recibido en la Secretaría de esta Sala el primero de junio de dos mil doce, el Ministro de Educación Pública se apersonó para manifestar que por resolución número 1329-MEP-2012 de las siete horas cuarenta y siete minutos del dieciocho de abril de dos mil doce, se resolvió rechazar de plano por ser manifiestamente improcedente la solicitud planteada por Rodrigo Herrera Fonseca, para abrir un procedimiento administrativo ordinario de reclamo de nulidad, revocatoria y derogatoria del Decreto Ejecutivo número 36910 denominado “Reglamento para el Funcionamiento y Administración del Servicio de Soda en los Centro Educativos Públicos”. Indica que se le previno a Herrera Fonseca que la resolución en mención, tenía los mismos recursos conforme con lo establecido en el artículo 292 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, sin que a la fecha conste en sus registros recurso alguno planteado contra dicha resolución.

3.- El artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a la Sala a rechazar de plano o por el fondo, en cualquier momento, incluso desde su presentación, cualquier gestión que se presente a su conocimiento que resulte ser manifiestamente improcedente, o cuando considere que existen elementos de juicio suficientes para rechazarla, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada.

Redacta la Magistrada **Calzada Miranda**; y,

Considerando:

I.- SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN. En principio la acción de inconstitucionalidad cumple los requisitos de admisibilidad según lo dispuesto por los artículos 73 a 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. No obstante el escrito presentado por el Ministro de Educación Pública, el primero de junio de dos mil doce, en el cual informó que por resolución número 1329-MEP-2012 de las siete horas cuarenta y siete minutos del dieciocho de abril de dos mil doce, se resolvió rechazar de plano la solicitud planteada por Rodrigo Herrera Fonseca, para abrir un procedimiento administrativo ordinario de reclamo de nulidad, revocatoria y derogatoria del Decreto Ejecutivo número 36910, sin que a la fecha -según indica-, conste en sus registros recurso alguno planteado contra dicha resolución, la Sala se pronunciará sobre el fondo de la acción planteada.

II.- SOBRE EL OBJETO DE LA ACCIÓN. El accionante alega la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo número 36910 denominado “Reglamento para el funcionamiento y administración del servicio de soda en los centros educativos públicos”, a través del cual se imponen una serie de limitaciones y prohibiciones relativas a la venta de productos alimenticios que se consideran dañinos para la salud, y se prohíbe el expendio en las sodas escolares y colegiales de productos que contengan un número determinado de ingredientes los cuales se establecen en el artículo 15 del Reglamento en mención.

EXPEDIENTE N° 12-004198-0007-CO

“Artículo 15º.- Productos prohibidos para su expendio. En las sodas no se permite el expendio o venta de:

a) Bebidas pre-envasadas y bocadillos en cuya lista de ingredientes de la etiqueta nutricional se indique como primer ingrediente: azúcar o azúcares (sirope, tapa de dulce, jarabe de maíz, etc.) o grasa (aceite, manteca vegetal o de cerdo).

b) Bebidas y otros alimentos preparados con pulpas azucaradas y concentrados artificiales que contengan más de 15 gramos de azúcar por vaso o porción de 250 ml.

c) Bebidas carbonatadas, incluso las “light” o “dietéticas”.

d) Bebidas energéticas (tal y como se definen en el Decreto Ejecutivo N° 36134-S Reglamento RTCR 436:2009 Suplementos a la Dieta, Requisitos de Registro Sanitario, Importación, Desalmacenaje, Etiquetado y Verificación del 10 de mayo de 2010 y sus reformas).

e) Embutidos que no sean “light” (se consideran embutidos “light” aquellos que tienen menos del 25% de grasa total).

f) Alimentos preparados con manteca, aceites o margarinas parcialmente hidrogenadas en cuya etiqueta no se indique que estén libres de ácidos grasos trans.

g) Producto alimenticio pre-envasado que no cuente con etiqueta que indique el contenido nutricional.

h) Producto alimenticio pre-envasado (no bebida) que con base en lo declarado en la etiqueta, se pueda calcular que una porción de 100 gramos de ese producto contiene más de 10 gramos de grasa ó 5 gramos de grasa saturada, más de 20 gramos de azúcar, más de 300 miligramos de sodio, o más de 400 kilocalorías (1675,60 kilojulios).”

i) Bebida pre-envasada (incluyendo bebidas lácteas y yogurt) que con base en lo declarado en la etiqueta, se pueda calcular que una porción de 100 mililitros de esa bebida contiene más de 2 gramos de grasa, más de 1 gramo de grasa saturada, más de 300 miligramos de sodio o más de 60 kilocalorías (251,34 kilojulios).”

Además consideran que la normativa impugnada violenta los derechos a la libertad de comercio, irretroactividad de la ley, igualdad, trabajo, reserva de ley y autonomía municipal.

III.- SOBRE EL CASO CONCRETO. El Decreto Ejecutivo número 36910 denominado “Reglamento para el Funcionamiento y Administración del Servicio de Soda en los Centros Educativos Públicos”, fue emitido por la Presidencia de la República, el Ministerio de Educación Pública y el Ministerio de Salud, con base en las facultades otorgadas en los artículos 140 incisos 3) y 18) y 146 de la Constitución Política; el artículo 28 inciso 2), acápite b) de la Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 del 02 de mayo de 1978; los artículos 1), 4), 7) y 231) de la Ley General de Salud, Ley N° 5395 del 30 de octubre de 1973 y sus reformas; el artículo 78 del Código de Educación, Ley N° 181 del 18 de agosto de 1944 y sus reformas; el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7739 del 06 de enero de 1998 y sus reformas; los artículos 5) y 25) de la Ley Orgánica del Ministerio de Salud, Ley N° 5412 del 08 de noviembre de 1973; el artículo 10) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Ley N° 7907 del 03 de setiembre de 1999; el Decreto Ejecutivo N° 36666-S Reglamento para el Otorgamiento del Carné de Manipuladores de Alimentos y Reconocimiento de la Oficialización de Capacitadores del Curso de Manipulación de Alimentos por parte del Instituto Nacional de Aprendizaje, del 27 de abril de 2011; el Decreto Ejecutivo N° 19479-S Reglamento de Servicio de Alimentación al Público del 29 enero de 1990 y sus reformas, el Decreto Ejecutivo N° 34728-S Reglamento General para el Otorgamiento de Permisos de Funcionamiento del Ministerio de Salud del 28 de mayo de 2008, y legislación conexas. El reglamento en mención busca proteger la salud pública considerada como un bien público jurídico tutelado por el Estado, la cual a su vez debe tenerse como un componente básico de la formación humana integral en que se encuentra inserto el proceso educativo. Esta Sala se ha referido en reiteradas oportunidades al derecho fundamental a la

salud, y ha establecido que la Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución -adoptada en Nueva York en 1946-, definió la salud como el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. En un sentido amplio, es ilustrativo este Tribunal en el voto número 1915-92 de las catorce horas doce minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y dos dispuso:

"(...) el derecho a la salud tiene como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque éste no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella se derivan. Se dice con razón, que el ser humano es el único ser de la naturaleza con conducta teleológica, porque vive de acuerdo a sus ideas, fines y aspiraciones espirituales, en esa condición de ser cultural radica la explicación sobre la necesaria protección que, en un mundo civilizado, se le debe otorgar a su derecho a la vida en toda su extensión, en consecuencia a una vida sana. Si dentro de las extensiones que tiene éste derecho está, como se explicó, el derecho a la salud o de atención a la salud ello incluye el deber del Estado de garantizar la prevención y tratamiento de las enfermedades (...)".

De igual manera este Tribunal en la sentencia número 11222-03 de las diecisiete horas cuarenta y ocho minutos del treinta de septiembre de dos mil tres, señaló:

"(...) VI.- DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho a la vida reconocido en el numeral 21 de la Constitución es la piedra angular sobre la cual descansan el resto de los derechos fundamentales de los habitantes de la república. De igual forma, en ese ordinal de la carta política encuentra asidero el derecho a la salud, puesto que, la vida resulta inconcebible si no se le garantizan

a la persona humana condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental (...)".

Por su parte también el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la Observación General 14 indicó que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Que la efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, que el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley. Menciona que en numerosos instrumentos de derecho internacional se reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". Sostiene que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas "medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho". Además, comenta que el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales. Se afirma que el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación, estos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud.

Dentro de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y en la Estrategia Mundial sobre Alimentación Saludable, Actividad Física y Salud de la OMS se insta a los gobiernos a adoptar políticas que apoyen un régimen alimentario saludable en los entornos educativos, ya que las instituciones educativas son establecimientos privilegiados, donde se debe potenciar el bienestar de la población estudiantil en su etapa formativa y en un período clave

de su desarrollo, donde se puede instruir a la población estudiantil en sus decisiones con la selección de los alimentos saludables, con base en la importancia de desarrollar hábitos y actitudes que promuevan la salud y prevengan su deterioro. De esta manera el Estado y sus instituciones en este caso el Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación por medio de un conjunto de acciones se han avocado a promover una vida saludable en las niñas, niños y adolescentes que asisten al sistema educativo. En sentencia número 2010-07602 de las catorce horas y cuarenta y nueve minutos del veintisiete de abril del dos mil diez, esta Sala determinó:

“(…)

VI.- Sobre las competencias del Ministerio de Salud. La intervención del Ministerio resulta de las competencias legales que ostenta sobre la materia y que, en repetidas oportunidades, este Tribunal ha relacionado con la protección del derecho básico a la salud. Así, esta Sala ha establecido en diferentes pronunciamientos (por ejemplo véase la sentencia no. 2008-9344 de las 11:19 horas del 4 de junio del 2008) que la normativa infra constitucional ha dotado al Ministerio de Salud de un poder de policía para prevenir y garantizar situaciones relacionadas con el derecho a la salud. Al respecto, el artículo 2º, de la Ley General de Salud dispone que al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, le corresponde la definición de la política nacional de salud, la normación, planificación y coordinación de todas las actividades públicas y privadas relativas a salud, así como la ejecución de aquellas actividades que le competen conforme a la ley”.

Específicamente, relativo al tema que nos ocupa, la Ley General de Salud en sus artículos 1, 2, 4, 7 y 231.

“ARTICULO 1º.- La salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado.”

“ARTICULO 2º.- Es función esencial del Estado velar por la salud de la población. Corresponde al Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Salubridad Pública, al cual se referirá abreviadamente la presente ley como "Ministerio", la definición de la política nacional de salud, la formación, planificación y coordinación de todas las actividades públicas y privadas relativas a salud, así como la ejecución de aquellas actividades que le competen conforme a la ley. Tendrá potestades para dictar reglamentos autónomos en estas materias.”

“ARTICULO 4º.- Toda persona, natural o jurídica, queda sujeta a los mandatos de esta ley, de sus reglamentos y de las órdenes generales y particulares, ordinarias y de emergencia, que las autoridades de salud dicten en el ejercicio de sus competencias orgánicas y tiene derecho a ser informada debidamente por el funcionario competente sobre las normas obligatorias vigentes en materias de salud.”

“ARTICULO 7º.- La presente y demás leyes, reglamentos y disposiciones administrativas relativas a la salud son de orden público y en caso de conflicto prevalecen sobre cualesquiera otras disposiciones de igual validez formal, sin perjuicio de las atribuciones que la ley confiere a las instituciones autónomas del sector salud. Queda salvo lo dispuesto en los convenios y tratados internacionales.”

“ARTICULO 231.- Los establecimientos educacionales, hospitales, asilos y similares, públicos o privados, quedan sujetos al control del Ministerio en cuanto a las instalaciones y procedimientos que utilicen para la preparación y suministro de alimentos y respecto de la calidad de la dieta suministrada a sus consumidores.”

De lo citado se colige la obligación de las autoridades del Ministerio de Salud de velar por la salud de la población, las potestades de las cuales dispone para dictar reglamentos en esta materia, y la obligación de toda persona natural o jurídica de acatar dichas normas.

IV.- SOBRE LA LIBERTAD DE COMERCIO. El accionante estima que el Reglamento impugnado violenta la libertad de comercio, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho al trabajo, y los principios de razonabilidad y proporcionalidad de sus representados, ya que prohíbe el expendio de más de la

mitad de todos aquellos productos y alimentos que venden las sodas escolares, pese a que el Estado actualmente permite y autoriza en todos los comercios del país no solo la venta de este tipo de alimentos y bebidas preparadas, sino su distribución y producción a nivel nacional, lo cual resulta –en su criterio- desproporcionado, ya que bajo una misma condición de comerciantes de productos autorizados y aprobados por el Estado, para los que se ubican dentro de las instituciones educativas, dicha actividad les está prohibida. En este sentido, es importante mencionar que esta Sala, en repetidas ocasiones ha desarrollado los alcances de la libertad de comercio contenida en el artículo 46 constitucional, y ha considerado que: *“este derecho permite a cada ciudadano escoger libremente la actividad económica que desea desarrollar para su provecho bajo el esquema de una economía de mercado, en donde, por razones de orden público, moral o derechos de terceros, el Estado puede limitar –bajo la observancia preceptiva del principio de razonabilidad y proporcionalidad- el ejercicio de esta actividad, en los términos del artículo 28 constitucional. De esta manera, una vez que la persona ha realizado el contenido esencial de este derecho fundamental, sea la escogencia de una determinada actividad económica, su funcionamiento debe sujetarse a los requisitos señalados en el ordenamiento, los cuales –en todo momento- deben superar el riguroso examen de razonabilidad y proporcionalidad, de forma tal que no haga nugatorio o imposible el ejercicio de este derecho fundamental, al impedir de manera arbitraria el desarrollo de una actividad económica.”*

En el presente caso, con base en criterios técnicos y científicos el Ministerio de Educación Pública en coordinación con el Ministerio de Salud busca promover entornos saludables en los centros educativos, a través de la adopción de hábitos alimentarios nutritivos, con el fin de mejorar la salud de la población estudiantil y

propiciar con ello las condiciones para un mejor rendimiento académico. Es así como las autoridades educativas y de salud deben orientar a los estudiantes, en relación con una buena alimentación; para lo cual, es necesario dictar políticas en relación con los alimentos que se encuentren disponibles en los servicios de alimentación de las escuelas y colegios públicos, que sean saludables, las cuales deben ser acatadas por los concesionarios, a efecto de cumplir lo estipulado en dicha normativa. El Estado debe velar por la salud de los habitantes del país, especialmente de los menores de edad, por lo que puede restringir, -como en este caso- dentro de los centros educativos, la libertad de comercio, a los concesionarios de sodas de estos centros de estudio, sobre la base de las potestades conferidas a la Administración en el ordenamiento jurídico, en el marco de una relación de sujeción especial, realizando una adecuada ponderación entre el interés superior del niño, niña y adolescente, y la libertad de comercio. En cuyo caso tiene un papel más relevante el interés superior del menor, en relación con la libertad de comercio la cual debe estar circunscrita a los objetivos institucionales, tales como apoyar al educando en su formación integral, la cual no solo implica la enseñanza en las ciencias y letras, sino también en los buenos hábitos alimenticios que conforman en gran medida la base de la salud del ser humano. Si bien el Estado no prohíbe la producción, venta y distribución de los alimentos citados, a los comerciantes que ejercen su actividad con estos productos fuera de las instituciones educativas, los concesionarios de sodas estudiantiles deben someterse a la regulación que para dichos efectos establezca el ente rector en materia educativa, que es el Ministerio de Educación Pública, siendo mayores las exigencias y limitaciones a la libertad de comercio con fundamento además en la normativa sanitaria emitida. De ahí que los concesionarios de este tipo de sodas no pueden compararse en un plano de igualdad con el resto de comerciantes, por lo

EXPEDIENTE N° 12-004198-0007-CO

que deben responder a otro tipo de exigencias y prohibiciones, mediante el Reglamento impugnado el cual no resulta irrazonable, ni desproporcionado, dado el fin superior que persigue y dichas disposiciones se encuentran autorizadas por la legislación de salud. Es así como no se considera que lo impugnado lesione la libertad de comercio, el derecho al trabajo, ni el derecho a la igualdad ante la ley.

V.- SOBRE EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY Y LOS DERECHOS ADQUIRIDOS. El accionante alega que los contratos de concesión de sodas son actos jurídicos previos al Decreto Ejecutivo impugnado, realizados con base y tomando en cuenta productos que el mismo Estado ha tenido como sanos y aptos para su consumo humano a cualquier edad, y que vía ejecutiva prohíbe a partir del curso lectivo 2012. Afirma que estos concesionarios tienen contratos de compra directa con determinados proveedores y tienen el deber de venta de los bienes derivados de dichos contratos. Aduce que el Decreto impugnado afecta, limita y modifica de hecho y de derecho el contenido de las contrataciones previas de todos los concesionarios de sodas escolares del país, provocando que incumplan con lo pactado con cada Junta y que se vean imposibilitados de continuar ejerciendo su actividad. Sobre este aspecto se debe establecer que la retroactividad de la ley ocurre cuando el legislador le confiere efectos jurídicos a un hecho ocurrido con anterioridad a la promulgación de la norma. En principio nadie tiene un derecho adquirido a la inmutabilidad de las leyes o reglamentos, y la eficacia del acto jurídico depende de las condiciones de su contenido y del mismo ordenamiento jurídico. Ya en anteriores ocasiones la Sala ha tenido la oportunidad de referirse a los alcances y contenido del principio de irretroactividad de la ley, establecido en el artículo 34 Constitucional, así como a la supuesta vulneración de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en los casos donde se acusa que una norma “modifica” situaciones jurídicas

consolidadas y establecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de una nueva normativa. En ese sentido, en la sentencia número 2010-09042 de las catorce horas treinta minutos del diecinueve de mayo de dos mil diez, por este Tribunal hizo referencia a la noción de irretroactividad de la ley, que precisamente se acusa como infringida en este asunto e indicó que:

“ (...) Al respecto, lo primero que debe tenerse en cuenta es que el artículo 34 Constitucional señala:

“Artículo 34.-

A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.-

De tal modo, para resolver el planteamiento del accionante debe estudiarse en primer lugar la noción de efecto retroactivo de la ley, recogida en la primera parte del citado numeral constitucional porque con ella se establece de forma precisa la acción que se prohíbe cuando se está en presencia de las condiciones recogidas en el resto del texto, es decir perjuicio para una persona, existencia de derechos adquiridos o constatación de una situación jurídica consolidada. Tal comprensión del concepto señalado y la acción que él describe debe partir del hecho de que lo normal es que las normas jurídicas se promulguen para regular situaciones fácticas o hechos que ocurren dentro de la época de su vigencia, dejando fuera de su alcance y de sus regulaciones tanto los hechos acaecidos en el pasado respecto de la ley (es decir antes de su entrada en vigor), como también los que suceden luego de la derogación de la norma (o sea después de su pérdida de vigencia). En cambio, en los casos de retroactividad de la ley se abandona esa situación usual de vigencia de las normas pues en la norma retroactiva toda su estructuración jurídica y su enlace con la realidad se mueve hacia atrás en el tiempo. De tal manera, en primer lugar se mueve hacia atrás en el tiempo el

presupuesto de hecho ya que en él se describen situaciones y hechos específicos cuya surgimiento a la realidad se ha dado en un momento anterior al de entrada en vigor de la norma; pero también -en segundo lugar- se retrotraen igualmente las consecuencias jurídicas que la norma impone a tales hechos porque se pretende que ellas entren a valer y ser efectivas también desde una fecha o momento anterior al de la entrada en vigencia de la ley. Se trata entonces de retro-traerse el tiempo de ciertas norma jurídicas (tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica) para que ejerzan su poder jurídico regulador tomando hechos y adosándoles consecuencias jurídicas, los cuales se ubican, ambos, en el pasado en relación con la entrada en vigencia de la propia norma”.

A partir del precedente citado, estima la Sala que el “Reglamento para el Funcionamiento y Administración del Servicio de Soda en los Centros Educativos Públicos”, objeto de impugnación en esta acción, no vulnera el principio de irretroactividad de la ley. Es claro que con el marco jurídico que se establece en esa norma se reordena -hacia adelante- la actividad comercial relacionada con la venta de alimentos dentro de los centros educativos, normativa que es producto de una coordinación entre el Ministerio de Educación Pública y el Ministerio de Salud, con el objetivo de velar por el bienestar integral de los educandos. En relación con el Decreto Ejecutivo en cuestión, se observa la ausencia de cualquier intención de cambiar las consecuencias jurídicas asignadas en el pasado a hechos o situaciones ya ocurridos antes de la fecha de vigencia del mismo. Por el contrario, las consecuencias jurídicas que se deriven de dicha normativa valen solamente para el futuro, pues se mantienen incólumes todos los efectos jurídicos concretados antes de la vigencia del Reglamento. Consecuentemente con esto, si la norma no va hacia el pasado, entonces no tiene sentido preguntarse por la posible existencia de perjuicios para persona alguna, o por derechos adquiridos o

situaciones jurídicas consolidadas al tenor del artículo 34 Constitucional. En todo caso, si el accionante considera que la norma impugnada les produce algún tipo de perjuicio económico a sus representados como se expone en el escrito de interposición de esta acción, por una eventual responsabilidad objetiva del Estado, deberá alegarlo en la vía contencioso administrativa, para que allí se disponga lo que en derecho proceda.

VI.- SOBRE EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y LA AUTONOMÍA MUNICIPAL. En la presente acción se acusa que el Reglamento aquí objetado otorga a las Juntas de Educación la potestad de brindar la concesión de la soda y su permiso de funcionamiento, lo cual va en detrimento de la autonomía municipal, ya que dicha corporación es la encargada de otorgar las patentes de funcionamiento y definir qué tipo de bienes y servicios pueden ser ofrecidos. Sobre este aspecto es necesario indicar que el Decreto Ejecutivo número 36910 fue dictado por el Ministerio de Salud en coordinación con el Ministerio de Educación Pública como ente rector en materia de educación, con base en las potestades otorgadas por el legislador -según lo analizado con anterioridad-, para regular todo lo relacionado con los establecimientos o expendios de alimentos dentro de los centros educativos públicos, los cuales de la misma manera deben contar con el respectivo permiso de funcionamiento emitido por el Ministerio de Salud, el cual es un condicionante tanto en este tipo de expendio de alimentos, como en los locales comerciales que necesitan este requisito, previo al otorgamiento de la respectiva patente municipal. En este caso, como se aclaró supra, al ser un reglamento dictado en conjunto que favorece el derecho a la educación de los estudiantes, rige la concesión del servicio a particulares que hace la Junta de Educación o Administrativa en cada centro de educación. En este orden de ideas, se menciona que de conformidad con los artículos 1, 2 y 3 del

Reglamento General de Juntas de Educación y Juntas Administrativas, éstas son delegaciones de las municipalidades y organismos auxiliares de la Administración Pública que sirven, a la vez, como agencias para asegurar la integración de la comunidad y el centro educativo. Tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, y según lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Fundamental de Educación, su actividad está subordinada a la Política Educativa vigente. Las Juntas están sujetas a las directrices y disposiciones emanadas de autoridad competente del Ministerio de Educación Pública, en cuanto al uso y destino de los bienes estatales sometidos a su administración, así como lo relativo a la distribución e inversión de los recursos económicos que le suministre el Ministerio o les sean asignados por ley. De ahí que el Decreto Ejecutivo número 36910 constituye la directriz que estipula las limitaciones y prohibiciones a la venta de alimentos en los centros de estudio, en consecuencia dicho decreto no violenta el principio de reserva de ley, ni la autonomía municipal, alegados por los accionantes.

VII.- CONCLUSIÓN. Tomando en consideración los argumentos esgrimidos, no considera este Tribunal que el Decreto Ejecutivo impugnado vulnere ninguno de los derechos constitucionales enunciados y fundamentados, por lo que la acción resulta improcedente en razón del objeto de impugnación. El Magistrado Jinesta salva el voto, y los Magistrados Rueda y Piza ponen nota.

VIII.- VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO JINESTA. El Magistrado Jinesta, ordena dar curso a la acción por la eventual infracción de la libertad personal o libre autodeterminación de la personalidad, a la privacidad familiar, la libertad de comercio y el principio de reserva de ley en materia de regulación de los derechos fundamentales. Todo con fundamento en las siguientes razones:

LIBRE AUTODETERMINACIÓN DE LA PERSONALIDAD Y ESFERA DE INTIMIDAD. Uno de los pilares del Estado constitucional de Derecho y de todo régimen democrático lo es la libertad personal o la libre autodeterminación de la personalidad (artículo 28 constitucional). El Estado no puede programar o planificar la alimentación de las personas menores de edad, eso es resorte de los padres de familia, quienes ejercen la patria potestad, de sus tutores o, a lo sumo, de sus educadores. La autoridad estatal no puede penetrar la autoridad parental, por cuanto, se produce una interferencia ilegítima en la esfera de privacidad o intimidad familiar (artículo 24 constitucional). Lo que las personas adultas y menores de edad bajo su autoridad parental consuman como alimentación, es un extremo que forma parte de la esfera de intimidad de las personas. Obviamente, el Estado y sus órganos deben promover y divulgar programas que fomenten los hábitos sanos de alimentación entre las personas menores de edad, empero no puede imponer, unilateralmente, un modelo de alimentación determinado.

PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN MATERIA DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTAD DE COMERCIO. De otra parte, cualquier límite o restricción de los derechos fundamentales debe estar establecido por ley –principio reserva de ley en materia de regulación de los derechos fundamentales y humanos (artículos 11, 28 constitucionales y 19 de la Ley General de la Administración Pública)-. En el presente asunto es por vía de reglamento autónomo o independiente que se imponen restricciones a la libertad de comercio, lo cual violenta, flagrantemente, el principio citado. El argumento de que se trata de una relación de sujeción especial que admite limitaciones a los derechos por vía de reglamento, es aplicable respecto de los educandos pero no de los comerciantes o distribuidores que

experimentan con el reglamento impugnado una restricción relativa a su libertad de comercio, así como a los comerciantes que se dedican a la administración de una soda en una escuela o colegio público, por cuanto, respecto de éstas personas no puede predicarse, bajo ningún concepto, una relación de sujeción especial. Consecuentemente, estimo que debe darse curso al amparo respecto de la aducida infracción de la libertad personal o libre autodeterminación de la personalidad, la esfera de intimidad, la libertad de comercio y el principio de reserva de ley en materia de regulación de los derechos fundamentales y humanos. Tales circunstancias, suponen que el proceso de amparo, al fundarse en normas de aplicación automática, debe ser suspendido para darle plazo a los recurrentes para que formulen la acción de inconstitucionalidad procedente contra el Reglamento que se impugna.

IX.- NOTA DEL MAGISTRADO RUEDA. Comparto el criterio de la mayoría. No obstante, estimo que en razón del Principio del Interés Superior del Menor, la regulación de la alimentación de los menores en centros escolares no está restringida a los alimentos que se vendan en esos lugares, toda vez que incluso se podrían tomar otras medidas para procurar la adecuada nutrición de los menores con fundamento en el Principio del Interés Superior del Menor, que no es paternocéntrico ni estatocéntrico sino infatocéntrico. A efectos de sustentar mi tesis, explico cómo concibo ese Principio. Con motivo de la Convención de los Derechos del Niño, el Principio del Interés Superior del Menor quedó instaurado plenamente como principio general de derecho, de manera que en razón de su naturaleza jurídica, irradia su función rectora sobre todo el ordenamiento jurídico. En concreto, el artículo 3.1 del Convención de los Derechos del Niño dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los

órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Menor”. Conviene destacar, entre otras características, la calificación de “superior” que se le hace al principio. La Real Academia Española define superior como “lo que está más alto y en lugar preeminente respecto de otra cosa.” Esto implica que el derecho del menor, dependiendo del caso concreto, prevalece frente a otros derechos, aunque estos sean legítimos. Se trata entonces de una cualidad jurídica integral que hace que el interés jurídico del menor tenga supremacía, predominio o preponderancia sobre los intereses de los demás; es decir, la “superioridad” del Principio supone la existencia de un interés objetivo que se encuentra por encima de los intereses subjetivos de los demás involucrados, ya sea que se trate de instituciones estatales, progenitores e, incluso, los propios menores afectados. Ello obedece a que como parte de la base de que el menor de edad es un sujeto jurídico en desarrollo (o, en su caso, en formación), de cuya construcción alguien debe responder para beneficio de él y de la sociedad entera, resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico de estos y los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o extraños, la sociedad en general o el Estado), evento en el cual aquél será “superior”. El hecho de que exista un interés objetivo por encima del interés subjetivo del menor, no constituye un retorno a la doctrina de la situación irregular. Por el contrario, la superioridad de tal interés no significa indiferencia ante la voluntad del menor, porque en la conformación de tal interés resulta indispensable considerar esa voluntad, cuando ello es posible de acuerdo con el desarrollo psicológico y fisiológico del menor. Ahora bien, como dicho desarrollo no es pleno y varía según la edad, el interés superior debe nutrirse de otros elementos ajenos a los criterios subjetivos de los involucrados (menor, progenitor, Estado), a fin de que la medida que se disponga se caracterice por fundamentarse

en argumentos razonables y precisos, intersubjetivamente demostrables. Así las cosas, el interés superior del niño no es paternacéntrico ni estatocéntrico sino infantocéntrico, lo que implica en el caso concreto, que la regulación de la alimentación, cuando beneficia la salud y el fomento de los buenos hábitos en el menor, incluso puede estar por encima de los criterios de los padres y del mismo Estado, si ello carece de respaldo técnico. Establecida la superioridad del interés del menor, conviene establecer la manera en que el Principio se aplica. Primeramente, este último permite la aplicación de criterios de equidad en beneficio de la persona menor de edad, cuando de por medio se encuentran en juego sus intereses. Si en términos muy amplios la justicia es dar a cada uno según sus méritos, la equidad es *juris legitimi enmendatio* (legítima corrección del derecho), según Aristóteles. “Un siglo de legalismo y de justicia puramente formalista ha mostrado los serios inconvenientes que le son consustanciales; por eso han surgido en esta época diversos movimientos enderezados contra la rigidez del imperio de la norma genérica y abstracta y en favor de la consideración de los elementos individualísimos que definen cada caso como una entidad irreducible a las demás”. De otro lado, el Principio del Interés Superior del Menor debe ser utilizado por el operador jurídico como pauta hermenéutica, lo que comprende la interpretación tanto del derecho infraconstitucional, como del derecho constitucional y todos aquellos tratados o convenios suscritos por el país; evidentemente, tal criterio interpretativo comprende igualmente a las autoridades de los otros Poderes Públicos en lo atinente a sus respectivas competencias. “Este reconocimiento del interés superior del niño como principio general que forma parte e informa a la globalidad del ordenamiento, ha llevado a la Sala a brindar y ordenar protección especial a los menores en materias tan diversas como la protección de su imagen e identidad, el resguardo de la imagen e identidad de los

menores en conflicto con la ley, y a controversias suscitadas en asuntos migratorios, de salud y de familia –ver, entre otras, sentencias números 2003-5117, de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del diecisiete de junio de dos mil tres; 2004-1020, de las ocho horas treinta y dos minutos del seis de febrero de dos mil cuatro; 2004- 8759, de las ocho horas cincuenta y seis minutos del trece de agosto de dos mil cuatro; 2005- 4274, de las dieciocho horas seis minutos del veinte de abril de dos mil cinco; 2007-10306, de las catorce horas diez minutos del veinte de julio de dos mil siete; y número 2008-7782, de la diez horas un minuto del nueve de mayo de dos mil ocho-.

X.- EL MAGISTRADO PIZA PONE NOTA. He concurrido con el Voto de mayoría porque considero que el Ministerio de Educación es competente y goza de autonomía para decidir sobre la alimentación que se brinda en las “sodas” de las Escuelas Públicas y de los Colegios públicos. Considero, sin embargo, que no podría imponer esos criterios a personas o establecimientos privados o autónomos que no forman parte de los establecimientos públicos y mucho menos que no forman parte del quehacer del Ministerio de Educación. Lo que es conveniente no es ni debe ser obligatorio, conforme a los principios del régimen constitucional de libertad. Los poderes públicos solo podrían imponer prohibiciones y obligaciones a terceros (personas, centros o instituciones privadas), cuando se trate de acciones de interés público y, además, cuando ellas puedan dañar el orden y la moral públicos en sentido estricto o los derechos de los demás, conforme al artículo 28 de nuestra Constitución. El Estado, los poderes y las instituciones públicas pueden legítimamente promover lo que consideren razonablemente como buenos hábitos alimenticios entre los habitantes, pero esa promoción debe respetar, en cualquier caso, el derecho de los habitantes a escoger el tipo de alimentación que desean para ellos o para sus hijos.

Por tanto:

Se rechaza por el fondo la acción. El Magistrado Jinesta salva el voto y ordena dar curso a la acción, según lo expuesto en el considerando VIII. Los Magistrados Rueda y Piza ponen nota en el IX y X considerando de la sentencia, respectivamente.

Ana Virginia Calzada
M.
Presidenta

Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Fernando Castillo V.

Paul Rueda L.

Rodolfo E. Piza R.



BKVPG1Z1FU461

EXPEDIENTE N° 12-004198-0007-CO