

# EPIDEMIA DE LA OBESIDAD Y SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA SANITARIO: LAS RESPUESTAS DEL DERECHO

*“Aquellos que piensan que no tienen tiempo para practicar ejercicio físico  
tendrán tarde o temprano que buscar tiempo para la enfermedad”*  
Edward Stanley, Harvard University

*“Cierto que, mientras la especie humana perdure, habrá gordos y flacos. Lo deseable es que cada  
vez sea mayor el número de los que no lo son del todo, para su propio bien y el de los demás”*  
Gregorio Marañón

**Federico de Montalvo Jääskeläinen**  
*Profesor propio adjunto de Derecho constitucional  
Universidad Pontificia Comillas (ICADE)  
Vicepresidente del Comité de Bioética de España  
Miembro el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO*

**SUMARIO: 1. Crisis económica y sostenibilidad del sistema sanitario: la escasa presencia de la salud pública en el debate. 2. Salud pública y obesidad: la epidemia del siglo XXI 3. ¿Un nuevo Derecho de la salud pública frente a la obesidad? 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.**

## RESUMEN

El exceso de peso y la obesidad han sido calificados como la epidemia del siglo XXI tanto a nivel europeo como mundial, siendo responsables no sólo de un importante número de enfermedades y de un mayor índice de muerte prematura, sino también de un gran gasto que puede poner en peligro la futura sostenibilidad del sistema sanitario. Frente a dicha epidemia se han desarrollado diversas medidas legales, destacando, por lo que a nuestro entorno se refiere, las medidas basadas en la educación e información a los consumidores. Sin embargo, algunos estudios sugieren, a la vista de la poca eficacia de éstas, implementar otras medidas más coercitivas que promuevan el desarrollo por los ciudadanos de unos hábitos de vida más saludables.

## ABSTRACT

Over weight and obesity have been described as the epidemic of the century both European and global level, being responsible not only for a number of diseases and higher rates of premature death, but also a large expense that can endanger the future sustainability of the health system. Facing the epidemic there have been developed different legal measures, highlighting, in the case of our legal system, some of them based on education and information to consumers. However, some studies suggest, in view of the ineffectiveness of these, implement other more coercive measures to promote the development by the citizens of a healthier lifestyle.

**PALABRAS CLAVE**

Salud pública, hábitos saludables, autonomía de voluntad, consentimiento informado, alimentación, obesidad.

**KEY WORDS**

Public Health, healthy habits, autonomy, informed consent, nutrition, obesity.

## 1. CRISIS ECONÓMICA Y SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA SANITARIO: LA ESCASA PRESENCIA DE LA SALUD PÚBLICA EN EL DEBATE

La crisis económica ha dado mayor relevancia a un debate que surge ya hace unas pocas décadas, la sostenibilidad de nuestro sistema sanitario<sup>1</sup>, y que se interrelaciona con el debate general acerca de la propia sostenibilidad del Estado social en los términos que se ha desarrollado en la segunda mitad del siglo XX. A dicho debate se incorporan múltiples elementos, no sólo político-económicos, entre las que cobra importancia el poder que asumen los agentes financieros privados en detrimento de los Estados al verse éstos obligados a sostener el sistema de prestaciones sociales sobre la base de la emisión de deuda pública, sino también ideológicos,

1 El debate como decimos no es nuevo aunque el contexto actual de la crisis económica lo hay acrecentado. En el ámbito del Derecho público, por ejemplo, el debate es ya antiguo y se desarrolla al amparo de la expresión de *Huida del Derecho público*. Y el debate sobre esta *Huida* que no viene a ser otra cosa que modificar las formas de gestión pública mediante la incorporación de instrumentos propios de la gestión privada comenzó hace ya algunas décadas. Así conviene recordar que una de las primeras normas que aborda desde la perspectiva jurídica y de una manera central el debate es la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) aprobada por el Parlamento en 1997, es decir, hace más de quince años, en pleno inicio del periodo de expansión de nuestra economía. Esta importante Ley recoge una regulación jurídica bastante detallada de la incorporación de fórmulas e instrumentos privados a la gestión de los servicios públicos a través, principalmente, de las figuras de los Organismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales. Tampoco conviene olvidar fuera de lo que es la aprobación de normas que el primer informe que en nuestro país apuesta decididamente por modificar la estructura de gestión del sistema sanitario público tiene ya más de veinte años. Este es el conocido Informe Abril, elaborado en 1991 por una comisión parlamentaria del Congreso de los Diputados presidida por el exministro Abril-Martorell. Dicho informe consideraba que las formas administrativas que se empleaban para la gestión de la sanidad pública eran inadecuadas, debiendo acudir a las modernas técnicas de gestión empresarial. A este informe, además, hay que añadir un segundo informe de diciembre de 1997, aprobado en el seno de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud que se creó también en el Congreso de los Diputados.

marcadas por el pensamiento neoliberal que parece recobrar la máxima, en virtud de la cual, la generación de riqueza pasa ineludiblemente por una mejora en el trato fiscal a las clases más pudientes y el recorte de las ayudas a las clases más desfavorecidas.

Sin embargo, resulta harto curioso que en el específico debate sobre la sostenibilidad del sistema sanitario no aparezca, salvo de manera esporádica o tangencial, la salud pública. Parece que el futuro del sistema pasara meramente por reformar los aspectos estrictamente asistenciales del modelo (reformas de gestión, flexibilización de los recursos humanos, incorporación de nuevas tecnologías, etc), sin avanzar en las políticas de salud pública, cuando el contexto actual parece informar de lo contrario. Ya en 1974 el Informe *Lalonde* elaborado en Canadá estableció los cuatro determinantes de la salud: la biología, el entorno, los estilos de vida y el sistema sanitario. Este último determinante es, según concluye dicho informe, el que menos incidencia tiene en la salud, un diez u once por ciento, porcentaje muy bajo en comparación con el que representan los estilos de vida, un cuarenta y tres por ciento<sup>2</sup>. La sanidad actual —como organización y recursos públicos y privados— afecta sólo a una parte pequeña del nivel de salud de la población. La parte más importante depende de la conducta de esas personas, sus condiciones de vida, y del medio-ambiente físico que les rodea<sup>3</sup>. CALLAHAN señala que nada es más evidente en las estadísticas de salud pública que el papel que juegan los hábitos de vida de los individuos<sup>4</sup>.

Pese a lo que reflejan estos datos y a que el contexto ha cambiado significativamente, se sigue discutiendo en los términos en los que se hacía varias décadas atrás. Un ejemplo paradigmático del cambio es el incremento notable de la esperanza de vida y la aparición de la enfermedad crónica como uno de los principales elementos críticos del sistema sanitario. El modelo asistencial se ha desarrollado en torno a las enfermedades graves, sin que la enfermedad crónica haya tenido un gran protagonismo más allá del ámbito de los medicamentos. Ciertamente existen reformas ya antiguas que nos han permitido luchar

2 Vid. LALONDE, M., *A new perspective on the health of Canadians*, Government of Canada, Ottawa, 1974.

3 DE MIGUEL, J.M., “La enfermedad no es una metáfora”, en MILLAN NÚÑEZ-CORTÉS, J. y DEL LLANO SEÑARÍS, J. (Dir.), *Ser Médico. Los valores de una profesión*, Unión Editorial, Madrid, 2012, p. 130.

4 CALLAHAN, D., “Preventing disease, creating society”, *American Journal of Preventive Medicine*, vol. 2, núm. 4, año 1986, pp. 205 a 208.

con medios más adecuados frente a la enfermedad crónica como es el desarrollo en los años ochenta y, principalmente, noventa de nuestra actual estructura asistencial de Atención Primaria frente a la tradicional estructura predominantemente hospitalaria que se promovió en los años sesenta y setenta<sup>5</sup>.

Ciertamente, existen múltiples caminos a través de los que se puede, conjuntamente, procurar la sostenibilidad del sistema. Uno sería, en especial, el desarrollo de las políticas de salud pública y prevención. Recuérdese que, según datos oficiales, tan sólo se dedica a la salud pública poco más de un uno por ciento del total del presupuesto sanitario, cuando voces expertas vienen insistiendo en que la lucha contra la enfermedad no debe abordarse tan sólo desde el ámbito de la medicina asistencial, es decir, una vez que aquélla ya ha aparecido, sino desde el ámbito de la salud pública y medicina preventiva, es decir, antes de que aparezca. A este respecto, ha de jugar un papel principal la educación en salud pública. Muchas de las enfermedades que consumen gran número de recursos (véanse, la diabetes, el cáncer o las enfermedades cardiovasculares) pueden precisamente evitarse en el medio y largo plazo a través de la educación sanitaria o, incluso, mediante la implantación de otras medidas más coercitivas o prohibitivas. No debe olvidarse que los hábitos de vida y, entre éstos, la alimentación<sup>6</sup>, constituyen una de las causas principales de la enfermedad o, como se ha señalado, el principal factor que contribuye a la carga mundial de la enfermedad<sup>7</sup>.

5 Uno de los datos principales que apunta el interesante Informe emitido a principios de 2013 por la National Research Council and Institute of Medicine y The National Academies de Estados Unidos de América bajo el título *U.S. Health in International Perspective: Shorter Lives, Poorer Health*, como causa por la que los países europeos más ricos presentan mejores datos de salud y de esperanza de vida que los Estados Unidos de América es, precisamente, el desarrollo de una estructura de Atención Primaria en aquéllos, lo que ha permitido atender mejor la enfermedad crónica. Vid. WOOLF, S.H. y ARON, L. (Eds.), *U.S. Health in International Perspective: Shorter Lives, Poorer Health*, The National Academies Press, Washington, DC, 2013, p. 4. A la misma conclusión llegan otros autores, pudiendo verse, a este respecto, STARFIELD, B, SHI, L. y MACINKO, J., "Contribution of primary care to Health Systems and health", *The Milbank Quarterly*, vol. 83, núm. 3, año 2005, pp. 457 a 502.

6 La obesidad incide en el gasto sanitario desde una doble perspectiva, tanto por el coste que para el sistema suponen los tratamientos específicos sobre la misma como por el mayor coste que conlleva un tratamiento cuando se aplica a un paciente obeso.

7 DE WALQUE, D. (Ed.), *Risking your health. Causes, consequences, and intervention stop reventrisky behaviors*, The World Bank, Washington DC, 2014, p. 25. El planteamiento no es, en todo caso, nuevo ya que el mismo ya existía en la Grecia y Roma clásicas. Vid. MINKLER, M., "Personal

En otros sistemas sanitarios en reforma o en construcción, como el modelo norteamericano, la salud pública y la prevención de las enfermedades constituyen una de las claves del sistema<sup>8</sup>. Así, en la conocida *Patient Protection and Affordable Care Act* se establece que las compañías aseguradoras habrán de prestar coberturas de salud pública y medicina preventiva sin coste adicional para los asegurados, promoviéndose también el desarrollo de políticas de incentivos para aquellos asegurados que participen en programas de bienestar. Junto a estas dos medidas, se recoge una tercera consistente en la promoción de proyectos de investigación sobre salud pública<sup>9</sup>. Entre los programas de incentivos se incluyen medidas tales como el pago total o parcial de la inscripción a gimnasios o a programas para dejar el hábito de fumar, o gratificaciones por participar en programas de diagnóstico preventivo de enfermedades<sup>10</sup>.

responsability for health: contexts and controversies", en CALLAHAN, D. (Edit.), *Promoting healthy behavior. How much freedom? Whose responsibility?*, Georgetown University Press, Washington DC, 2000, p. 3.

8 Uno de los principales problemas legales que las políticas salud pública han encontrado en los Estados Unidos de América, sobre todo, aquellas que inciden sobre la información o publicidad de los alimentos es en qué medida tales decisiones públicas limitan constitucionalmente la libertad de expresión comercial (*commercial speech*), la cual forma parte de la libertad de expresión reconocida en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana. De este modo cualquier medida pública que afecte a la libertad de información o publicidad comercial deberá superar un difícil test de constitucionalidad. Sin embargo, habitualmente los Tribunales se han mostrado muy flexibles en el ámbito de la salud pública, a diferencia de las decisiones adoptadas fuera de dicho ámbito. Así, por ejemplo, la decisión de la ciudad de Nueva York de exigir a los restaurantes incluir en los menús información sobre las calorías de los platos, fue considerada constitucional por los Tribunales en la medida que existía suficiente evidencia acerca del grave problema que para la salud pública representaba la obesidad ("*serious and increasing cause of disease*") y porque se apreciaba claramente un vínculo directo entre obesidad y consumo de comida en los restaurantes ("*the link between obesity with restaurant food consumption, and the importance of calorie information together were sufficient to establish the rationality of the measure*"). En nuestro sistema constitucional, dicho problema no se plantea en los mismos términos, ya que el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 87/1987 consideró que la libertad de expresión no comprende la libertad de expresión comercial, aunque también es cierto que nuestra doctrina jurisprudencial parece avanzar hacia una posición no muy lejana aunque no idéntica a la norteamericana. El punto de inflexión en este cambio fue la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1994, recaída en el caso Casado Coca v. Reino de España, al afirmar que el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza la libertad de expresión sin distinguir entre el carácter comercial o no del fin perseguido.

9 Vid. 42 U.S.C. §§ 1396a, 300gg-4.

10 "SEC. 2717 [42 U.S.C. 300gg-17]. ENSURING THE QUALITY OF CARE. ... wellness and health promotion activities may include personalized wellness and prevention services, which are coordinated, maintained or delivered by a

Desde una perspectiva general, todas estas políticas de salud pública que vienen promoviéndose en los últimos años y que pretenden incidir sobre los hábitos de vida y alimentación de los ciudadanos se vienen centrando fundamentalmente en dos grupos sociales. Por un lado, en los menores y adolescentes, no sólo porque se trate de la mejor manera de luchar contra las enfermedades a largo plazo, comenzando en las primeras etapas de la vida de los ciudadanos, sino además porque los estudios revelan un incremento muy destacado de la obesidad en tal grupo.

Por otro lado, se están desarrollando también políticas referidas a la tercera edad, con la promoción del principio de vejez saludable (*healthy ageing*). El problema principal del incremento del coste sanitario no radica en la mayor esperanza de vida de nuestra población, sino en que dicha esperanza de vida no se traduzca en una vejez saludable. El problema no es que haya más ancianos, sino que los ancianos no

---

*health care provider, a wellness and prevention plan manager, or a health, wellness or prevention services organization that conducts health risk assessments or offers ongoing face-to-face, telephonic or web-based intervention efforts for each of the program's participants, and which may include the following wellness and prevention efforts:*

- a) Smoking cessation.
- b) Weight management.
- c) Stress management.
- d) Physical fitness.
- e) Nutrition.
- f) Heart disease prevention.
- g) Healthy life style support.
- h) Diabetes prevention.”

“SEC. 2705 ø[2 U.S.C. 300gg-4]. PROHIBITING DISCRIMINATION AGAINST INDIVIDUAL PARTICIPANTS AND BENEFICIARIES BASED ON HEALTH STATUS ... (2) WELLNESS PROGRAMS NOT SUBJECT TO REQUIREMENTS.—

*If none of the conditions for obtaining a premium discount or rebate or other reward under a wellness program as described in paragraph (1)(B) are based on an individual satisfying a standard that is related to a health status factor (or if such a wellness program does not provide such a reward), the wellness program shall not violate this section if participation in the program is made available to all similarly situated individuals. The following programs shall not have to comply with the requirements of paragraph (3) if participation in the program is made available to all similarly situated individuals:*

“(A) A program that reimburses all or part of the cost for memberships in a fitness center.

“(B) A diagnostic testing program that provides a reward for participation and does not base any part of the reward on outcomes.

“(C) A program that encourages preventive care related to a health condition through the waiver of the copayment or deductible requirement under group health plan for the costs of certain items or services related to a health condition (such as prenatal care or well-baby visits).

“(D) A program that reimburses individuals for the costs of smoking cessation programs without regard to whether the individual quits smoking.

“(E) A program that provides a reward to individuals for attending a periodic health education seminar.”

tengan, desde el punto de vista de la salud, una calidad de vida aceptable. A este respecto, por la propia Comisión de la Unión Europea se han propuesto diferentes iniciativas que sería interesante seguir implantado en nuestro país, ya que se ha calculado que la discapacidad en las personas mayores representa alrededor del 50% de los costos de atención de salud en los países de la UE<sup>11</sup>.

En todo caso, la implementación de políticas de salud pública parece ya ineludible en un panorama como el actual en el que el crecimiento del gasto sanitario en la mayoría de las economías occidentales exige adoptar diversas medidas que lo contrarresten y que, en definitiva, lo hagan sostenible. El importe de actividad que supone la gestión y prestación de servicios sanitarios en la Unión Europea alcanza una media superior ya al nueve (9.6%) por ciento del Producto Interior Bruto (PIB)<sup>12</sup>. Dicho importe viene incrementándose año a año, de manera que las perspectivas futuras nos sugieren una media bastante superior. Así, el gasto global de sanidad aumentó desde aproximadamente el 5 % del PIB en 1970 hasta más del 8 % en 1998, produciéndose el incremento más importante antes de 1990. El gasto público de sanidad ha seguido la misma tendencia: crecimiento más rápido que el del PIB desde 1970 hasta 1990 (su porcentaje en el PIB se incrementó del 3,9 % al 6% aproximadamente), y evolución más moderada desde 1990, en particular debido a los esfuerzos realizados por todos los países para controlar los gastos<sup>13</sup>. Además, los datos relativos a los últimos diez años sugieren que se está produciendo una ralentización de la ratio “gastos sanitarios/PIB”<sup>14</sup>.

En España, el gasto sanitario supone un 9,3 por ciento del PIB<sup>15</sup>, aunque dada las perspectivas ya no

---

11 Vid. The evidence of health promotion effectiveness. A Report for the European Commission by the International Union for Health Promotion and Education. Shaping public health in a new Europe, Bruselas, 1999, p. 9.

12 European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 13.

13 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 5 de diciembre de 2001, sobre el futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera, p.4.

14 Sin embargo, no parece que quepa atribuir dicha ralentización a la crisis económica, ya que no se ha observado una disminución significativa del gasto sanitario ni siquiera cuando se aminora el crecimiento económico. Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre “La asistencia sanitaria”, p. 3.

15 Fuente: OECD. Puede accederse a dicho

muy lejanas acerca del envejecimiento de la población, puede perfectamente aventurarse que nos enfrentaremos a un crecimiento importante.

Además, la importancia de esta partida presupuestaria sigue siendo significativa y aumenta de forma regular<sup>16</sup>. Así, se ha afirmado que “*increasing effectiveness and efficiency of health care and long-term care and getting more money out of the resources allocated to the sector are likely to become one of the most important challenges in the coming years*”<sup>17</sup>.

Por tanto, resulta patente que entre las políticas públicas que pudieran promover un sistema sanitario sostenible parece que han de ocupar un papel protagonista todas aquellas que pretendan proteger la salud de las personas, no desde la tradicional perspectiva de la asistencia sanitaria (acción curativa y asistencial), sino de la perspectiva de la prevención de las enfermedades.

En el conocido Informe Wanless (*Securing our future health: Taking a long-term view*) publicado en el Reino Unido en 2002 acerca del futuro del sistema sanitario británico se señala que si los ciudadanos se comportaran saludablemente, la demanda de servicios sanitarios sería muy inferior, calculándose un ahorro de treinta billones de libras para el 2022-23, lo que representaba un cuarenta por ciento del presupuesto del Servicio Nacional de Salud de 2002. Según concluye dicho Informe, “*a substantially larger positive impact on health needs from the focus on health promotion and disease prevention than assumed in the fully engaged scenario*”, de manera que “*Pro-active policies which promote reductions in key risk factors and improved health information will help people to engage with their own health and make informed judgments about how to reduce their risk of ill health. Achieving the very best health outcomes will require people not only to take up the right to high quality health care, but also to take responsibility for their own health status*”<sup>18</sup>.

---

dato a través del enlace, [http://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=HEALTH\\_STAT](http://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=HEALTH_STAT). Último acceso el 25 de agosto de 2014.

<sup>16</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre “La asistencia sanitaria”, p. 3.

<sup>17</sup> European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 13.

<sup>18</sup> WANLESS, D., *Securing our future health: Taking a long-term view*, HM Treasury, abril, 2002, pp. 117 y 119. Puede accederse a dicho Informe a través de la página web, [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130129110402/http://www.hm-treasury.gov.uk/consult\\_wanless04\\_final.htm](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130129110402/http://www.hm-treasury.gov.uk/consult_wanless04_final.htm) Último acceso el 14 de agosto de 2014.

La propia Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública es consciente de este nuevo panorama. En la Exposición de Motivos se manifiesta que si bien “*Los servicios sanitarios resultan imprescindibles para dar respuesta a los problemas de salud de la colectividad, pues consiguen atenuar los perjuicios de las enfermedades y permiten que se pueda recobrar la salud perdida y mejorar la calidad de vida de las personas enfermas ... no es el dispositivo asistencial el principal condicionante de nuestro nivel de salud*”, ya que “*la salud se gana y se pierde en otros terrenos: antes del nacimiento pueden producirse exposiciones a distintos factores que de forma indeleble determinen la salud futura, y desde el nacimiento hasta la muerte se van acumulando experiencias vitales positivas o negativas que perfilan la salud. El entorno familiar, la educación, los bienes materiales, las desigualdades sociales y económicas, el acceso al trabajo y su calidad, el diseño y los servicios de las ciudades y barrios, la calidad del aire que se respira, del agua que se bebe, de los alimentos que se comen, los animales con los que convivimos, el ejercicio físico que se realiza, el entorno social y medioambiental de las personas, todo ello determina la salud*”.

La Exposición añade, finalmente, que “*El derecho a la protección de la salud reconocido en la Constitución se interpretó usualmente como derecho a recibir cuidados sanitarios frente a la enfermedad. Por ello, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, uno de los hitos fundamentales en nuestro esfuerzo organizado por hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, estableció como uno de los principios generales en su art. 3 que el sistema sanitario se orientase prioritariamente hacia la prevención y la promoción de la salud. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, dispuso las bases para una prestación asistencial de calidad por los servicios sanitarios. Este imprescindible desarrollo legislativo se orientó fundamentalmente a la importante tarea de ordenar y coordinar las actividades de la asistencia sanitaria, sin embargo, los esfuerzos que el conjunto de la sociedad debe hacer para asegurar un buen estado de salud mediante la prevención de la enfermedad y la promoción de la salud no se han desarrollado de igual manera*”.

Sin embargo, la Ley, tras reconocer que el contexto ha cambiado y que se abre ahora el nuevo reto del desarrollo efectivo de políticas de salud pública,

otorga, paradójicamente, un papel estelar a la autonomía de voluntad como principio basilar en el que va a asentarse este nuevo modelo, cuando dicha autonomía puede ser uno de los principales frenos a tal desarrollo. Si el modelo se asienta en la libertad de decisión de los individuos, ¿cómo pueden promoverse medidas más allá de las meramente educativas e informativas, más aún, cuando los modelos comparados parecen mostrar que éstas son insuficientes?

Tal valor preeminente de la autonomía de voluntad de los individuos aparece bien pronto en la Ley General de Salud Pública. Así, su artículo 5.2 proclama el principio de voluntariedad en la participación de los individuos en las políticas de salud pública: “2. Sin perjuicio del deber de colaboración, la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública”.

Cierto es que dicha autonomía en la que se fundamenta el modelo no significa, sin embargo, que sobre los ciudadanos no recaiga deber alguno de colaboración. Así, la Ley, tras proclamar dicho principio de autonomía, establece como encabezamiento de los deberes que “Los ciudadanos facilitarán el desarrollo de las actuaciones de salud pública y se abstendrán de realizar conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución” (art. 8), que se completa en el artículo siguiente con el deber de comunicación (o denuncia): “Las personas que conozcan hechos, datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población los pondrán en conocimiento de las autoridades sanitarias, que velarán por la protección debida a los datos de carácter personal” (art. 9).

Pero, en todo caso, el principio de autonomía vertebró el modelo. Ejemplo de ello es que la Ley recoge al final una norma que parece completar el régimen establecido en la Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública, que recordemos que fue aprobada hace ya más de veinticinco años. El artículo que la Ley General de Salud Pública dedica en concreto a las medidas especiales y cautelares no hace mención alguna a medidas que puedan afectar a la integridad y libertad de las personas. Se trata de medidas tales como la inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias, el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias o la suspensión del ejercicio de actividades.

Nada se dice, por el contrario, acerca de determinadas medidas que pueden incidir o afectar a la integridad física o a la libertad personal, las cuales no han de resultar extrañas en un sistema de salud pública. Frente a ello podrá posiblemente argumentarse que la Ley carece de naturaleza orgánica de manera que cualquier medida que pretendiera regularse que tuviera una incidencia directa sobre los derechos y libertades consagrados en los artículos 15 y 17 de la Constitución estaría viciada de inconstitucionalidad<sup>19</sup>. Sin embargo, ello podría haberse perfectamente salvado en el trámite parlamentario si la Ley se hubiera aprobado con carácter mixto, como ocurre con muchas de las normas que se ha aprobado en nuestro Parlamento. Ello hubiera permitido actualizar el tenor de la ya vieja Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública e incorporar a la misma la doctrina más reciente tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Téngase, en cuenta, además que una efectiva política de salud pública exigirá en determinadas ocasiones adoptar medidas individualizadas de tratamiento médico coercitivo o ingreso involuntario. Ciertamente, habrá de tratarse de supuestos excepcionales pero no por ello ajenos a la salud pública, siendo un ejemplo paradigmático de ello el campo de la vacunación, al que sí se refiere mínimamente la Ley y que actualmente constituye uno de los principales instrumentos con los que cuenta la salud pública para la prevención de enfermedades que hasta hace pocos años eran capaces de destruir comunidades enteras.

Tal apuesta del legislador por la autonomía como principio nuclear constituye un contrasentido en la medida que, como tal, la salud pública habría de funcionar en el difícil equilibrio entre intereses individuales e intereses colectivos como un límite a aquéllos. GOSTIN nos ofrece una interesante definición del Derecho a la salud pública que permite apreciar dicha dimensión colectiva: “El Derecho a la salud pública es el estudio de los poderes y deberes legales del Estado en colaboración con otros agentes (véanse, la industria, los profesionales sanitarios, los medios de comunicación, la academia o la propia

<sup>19</sup>Puede traerse aquí a colación la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 132/2010, por la que el Alto Tribunal declara inconstitucional el art. 763.1 LEC que posibilita el internamiento de una persona por razón de enfermedad psíquica, ya que tal norma no se aprobó con el carácter de orgánica. Sin embargo, no anula la norma, ya que ello provocaría un vacío en el ordenamiento no deseable. Será el legislador el que tendrá que remediar a la mayor brevedad posible tal cuestión aprobando una nueva norma que sí tenga naturaleza orgánica

comunidad) para asegurar las condiciones para que la gente pueda disponer de salud y para, igualmente, limitar dichos poderes a la hora de restringir la libertad personal, la propiedad u otros bienes o intereses dignos también de protección a favor del bien común”<sup>20</sup>.

De este modo, un modelo de salud pública como el que pretende promoverse sobre la base de lo dispuesto en la Ley General de Salud Pública habría de venir fundamentado, desde un punto de vista estrictamente legal, en una relación proporcional entre la libertad de los ciudadanos y los intereses colectivos, pero, en modo alguno, en la prevalencia del interés individual.

Cierto es que el problema no sólo radica en los términos en los que aparece redactada la Ley General de Salud Pública, sino que este nuevo panorama y estas nuevas necesidades exigen también un cambio en las respuestas que ha de ofrecer el Derecho y, entre otras cuestiones, superar un modelo asentado, por lo que al ámbito de la salud se refiere, casi exclusivamente en el principio de autonomía de la voluntad, en el queha primado tradicionalmente el interés individual sobre el interés colectivo.

En contraposición al espíritu que se extrae de la Ley General de la Salud Pública, en otros sistemas jurídicos en los que la autonomía de voluntad constituye uno de los principios jurídicos que lo fundamentan, como en los Estados Unidos de América<sup>21</sup>, los Tribunales de Justicia han matizado dicho principio en el ámbito de la salud pública limitando notablemente su eficacia, de manera que se distingue de manera muy expresiva entre *autonomy cases* y *public health cases*<sup>22</sup>.

20GOSTIN, L.O., “A theory and definition of Public Health Law”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 10, núm. 1, p. 1.

21 Véase, en especial, *Planned Parenthood v. Casey*, 1992, en el que el Tribunal Supremo declare que “Our law affords constitutional protection to personal decisions relating to marriage, procreation, contraception, family relationships, child rearing, and education. . . . These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one’s own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State”.

22 HILL, B.J., “The constitutional right to make medical treatment decisions: a tale of two doctrines”, Case Western Reserve University, Case Research Paper Series in Legal Studies, Working Paper 07-28, p. 304.

Tal cambio de modelo viene, además, exigido por las experiencias que nos ofrecen otros países y nuestro propia experiencia, en virtud de las cuales, parece que algunas medidas coercitivas y prohibitivas han causado más efectos que las basadas exclusivamente en la educación e información a la población<sup>23</sup>.

Ello exige, por tanto, desarrollar un concepto de salud pública como interés colectivo y como límite a la autonomía que normativamente permita dar sustento a aquellas políticas, sin detrimento, claro está, de la dignidad de la persona.

## 2. SALUD PÚBLICA Y OBESIDAD: LA EPIDEMIA DEL SIGLO XXI

Como ya hemos avanzado antes, uno de los elementos que puede dar sostenibilidad al sistema es el desarrollo efectivo de políticas de salud pública con especial atención a la promoción de las formas saludables de vida como instrumento para evitar la enfermedad. La guerra desatada contra el tabaco hace pocos años es un ejemplo de que pueden hacerse aún muchas cosas en favor de la salud pública y, por ende, de la sostenibilidad del sistema sanitario.

Se ha apuntado que los esfuerzos deben centrarse en las dos principales amenazas para la salud, el tabaco y la obesidad<sup>24</sup>, siendo otros de los elementos

23DE WALQUE, D. (Ed.), *Risking your health ...*, op. cit., p. 142. Algunos estudios sugieren que la política pública consistente en obligar a los productores y distribuidores de alimentos y a los servicios de restauración a incluir información sobre el número de calorías de los alimentos, lo que se conoce en Estados Unidos de América como *calorie labeling* o *mandatory menu labeling* no ha surtido los efectos esperados en cuanto al cambio en las conductas alimenticias. Vid. BANKER, M.I., “I saw the sign: The new Federal Menu-Labeling Law and lessons from local experience”, *Food and Drug Law Journal*, vol. 65, núm. 4, año 2010, pp. 911 a 913; y FINKELSTEIN, E.A., STROMBOTNE, K.L., CHAN, N.L., KRIEGER, J., “Mandatory menu labeling in one fast-food chain in King County, Washington”, *American Journal of Preventive Medicine*, vol. 40, núm. 2, febrero 2011, pp. 122 a 127. Por ello, las propuestas más recientes se orientan hacia la prohibición de determinados alimentos o, al menos, a la limitación de su distribución. Por otro lado, recientemente uno de los responsables del *National Health Service* (NHS) del Reino Unido ha manifestado que van a promover una política orientada a que los profesionales sanitarios pierdan peso, ya que más de la mitad de ellos (setecientos mil) presentan sobrepeso, no habiendo surtido efecto las políticas meramente informativas y educativas. Vid. Diario Médico en su edición *on line* del 18 de agosto de 2014, pudiéndose acceder a través de la página web, [www.diariomedico.com](http://www.diariomedico.com). Último acceso el 19 de agosto de 2014.

24La obesidad es una enfermedad multifactorial caracterizada por un exceso de tejido graso o tejido adiposo, que origina un incremento del peso corporal con efectos mortales para la salud. No se habla de obesidad cuando el exceso de

en los que centrar estrategias de prevención, la detección temprana de los cánceres más frecuentes, la realización de pruebas genéticas para la detección de predisposición a enfermedades y el cuidado de articulaciones y huesos, fundamentalmente a través del ejercicio<sup>25</sup>.

La obesidad que se ha convertido en palabras de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en la epidemia del siglo XXI. De los diez factores de riesgo identificados como claves para el desarrollo de las enfermedades crónicas, cinco están estrechamente relacionados con la alimentación y el ejercicio físico. Además de la obesidad, se citan el sedentarismo, hipertensión arterial, hipercolesterolemia y consumo insuficiente de frutas y verduras<sup>26</sup>.

Los datos sobre el incremento de la obesidad muestran que ello se está produciendo a escala mundial<sup>27</sup>, y así, mientras algunos países con economías más prósperas están consiguiendo disminuir los efectos de lo que se ha llamado el “*Tsunami de la obesidad*”, otros, los menos prósperos, se encuentran con un incremento muy relevante de la población con sobrepeso y obesidad y con un aumento de las enfermedades vinculadas, en especial, la diabetes. Así, en 2008 y a nivel mundial uno de cada tres menores en edad escolar presentaba sobrepeso y uno de cada nueve era obeso, tanto en los países más prósperos como en las economías en desarrollo<sup>28</sup>. Se trata pues de un problema mundial que no sólo afecta a determinados países o comunidades.

Por ello, la Organización Mundial de la Salud en la 57.<sup>a</sup> Asamblea Mundial de la Salud aprobó la

---

peso no es grasa y está relacionado con un aumento de peso a expensas de otros tejidos corporales como la masa muscular en el caso de los atletas. Serían sujetos obesos aquellos que presentan porcentajes de grasa por encima de los valores considerados como normales, que son del 12 al 20% en varones y del 20 al 30% en mujeres. Los valores de normalidad para definir el grado de obesidad se obtienen, actualmente, acudiendo al indicador conocido como índice de masa corporal (IMC), que atiende tanto al peso como a la talla. Vid. MONEREO MEGÍAS, S., IGLESIAS BOLAÑOS, P. y GUIJARRO DE ARMAS, G., *Nuevos retos en la prevención de la obesidad. Tratamientos y calidad de vida*, Fundación BBVA, Bilbao, 2012, pp. 15 a 17.

25Vid. Informe elaborado en 2012 por PwC bajo el título “Diez temas candentes de la Sanidad española para 2012. Dos agendas simultáneas: recortes y reformas”, p. 87.

26Vid. *Informe sobre la salud en el mundo, 2002: Reducir los riesgos y promover una vida sana*, OMS, Ginebra, 2002.

27La propia OMS ha acuñado el término *globesity* para dar buena cuenta de que no estamos ante un problema que afecte sólo a determinados países o a determinadas clases sociales.

28WISE, J., “Tsunami of Obesity threatens all regions of World, data show”, *BMJ*, núm.342, año 2011, pp. 7793.

Estrategia Mundial sobre Régimen Alimentario, Actividad Física y Salud, cuyo objetivo es promover y proteger la salud orientando la creación de un entorno favorable para la adopción de medidas sostenibles a escala individual, comunitaria, nacional y mundial, que, en conjunto, den lugar a una reducción de la morbilidad y la mortalidad asociadas a una alimentación poco sana y a la falta de actividad física.

En el ámbito de la Unión Europea, debe citarse, por orden cronológico, el Libro Verde de la Comisión, aprobado en el año 2005, para “Fomentar una alimentación sana y la actividad física: una dimensión europea para la prevención del exceso de peso, la obesidad y las enfermedades crónicas”. El citado documento comienza señalando que “*Una dieta poco sana y la falta de actividad física son las principales causas de enfermedades evitables y de muertes prematuras en Europa, donde el aumento de la prevalencia de la obesidad constituye un importante problema de salud pública*”. Esta incidencia creciente de la obesidad “*tiene repercusiones económicas especialmente importantes. Se calcula que en la Unión Europea la obesidad representa hasta un 7 % de los gastos de salud pública*”, siendo los gastos médicos anuales de un adulto medio obeso “*un 37 % superiores a los de una persona de peso normal*”.

Por tanto, la Comisión considera que “*combatir el problema del exceso de peso y de la obesidad no es sólo importante en términos de salud pública*”, sino tanto desde la perspectiva de la sostenibilidad de los sistemas de salud, ya que ha de contribuir “*a reducir a largo plazo los costes para los servicios sanitarios y a estabilizar las economías permitiendo a los ciudadanos tener una vida productiva hasta una edad avanzada*”.

El Libro Verde entiende que la educación e información de los consumidores es una estrategia prioritaria, ya que ha de permitir que las personas puedan elegir su alimentación con conocimiento de causa, siendo la información relativa al contenido nutricional de los productos un elemento importante a este respecto. Dentro de esta información es muy importante la que viene referida en concreto a la relación entre alimentación y salud y sobre la ingesta y el gasto de calorías, los regímenes alimentarios que reducen el riesgo de padecer enfermedades crónicas y las opciones sanas en relación con los alimentos. No se trata tanto de que los consumidores conozcan la información sobre las calorías de los alimentos, sino que también sepan interpretar dicha información en relación con la salud, es decir, que puedan entender el etiquetado nutricional.



Para la Comisión, una información clara y coherente sobre los productos alimenticios, junto con una educación adecuada de los consumidores, constituye el primer paso para una elección con conocimiento de causa en materia de alimentación.

En el mismo ámbito, se considera que es necesario velar también porque no se induzca a error a los consumidores y que, sobre todo, no se explote la credulidad de los consumidores más vulnerables y, en particular, de los niños, ni su limitada experiencia con los medios de comunicación, sobre todo, la publicidad sobre alimentos ricos en grasas, en sal y en azúcares, como las meriendas hipercalóricas y los refrescos azucarados, así como la comercialización de estos productos en la escuela. Para la Comisión, la autorregulación de la industria es la mejor solución, sin embargo, deben prepararse otras soluciones por si aquélla no produjera los resultados deseables.

Los niños y adolescentes son los grupos de consumidores sobre los que es prioritario trabajar, ya que durante la infancia y la adolescencia se producen importantes elecciones en cuanto a hábitos de vida, que predeterminan los problemas de salud en la edad adulta, siendo la escuela el medio privilegiado para realizar acciones de promoción de la salud. A este respecto, se destaca también la relación entre alimentación sana y mejora de la concentración y aprendizaje.

Otra de las estrategias que se recogen en el Libro Verde vienen referidas al desarrollo de un entorno saludable, desde la perspectiva, fundamentalmente, de las políticas públicas de transporte y urbanismo.

Por último, el Libro Verde destaca la importancia que el factor socioeconómico tiene en los hábitos de alimentación y ejercicio físico. Un nivel más bajo de educación y un acceso más limitado a la información reducen la capacidad para elegir con conocimiento de causa.

Dos años más tarde, el 30 de mayo de 2007, la Comisión aprueba el Libro Blanco, sobre la “Estrategia europea sobre problemas de salud relacionados con la alimentación, el sobrepeso y la obesidad” (COM (2007) 279 final). A través de dicho documento la Comisión pretende desarrollar una estrategia europea para reducir los problemas sanitarios debidos a una mala alimentación, tratándose de establecer medidas concretas que puedan adoptarse a escala comunitaria, con objeto de que la mala alimentación y

la falta de actividad física dejen de ser las principales causas de enfermedades evitables y de fallecimientos prematuros en Europa.

Para tratar este problema de salud pública, la Comisión es partidaria de un enfoque integrado de las políticas en materia de alimentación y de consumo, pero también en el ámbito del deporte, la educación y el transporte. Además, es fundamental tener en cuenta la dimensión socioeconómica del problema, puesto que son los grupos desfavorecidos los que se ven más afectados por la obesidad. Según la Comisión, las medidas comunitarias contra la obesidad deben basarse en cuatro pilares:

1. la reducción importante de los riesgos relacionados con la salud (mala alimentación y falta de ejercicio físico);
2. la transversalidad: las acciones deben aplicarse a todas las políticas gubernamentales en todos los niveles de actuación, mediante distintos instrumentos adecuados, como las disposiciones legislativas, las asociaciones públicas/privadas y el diálogo con la sociedad civil;
3. la participación de los agentes privados, como la industria agroalimentaria y la sociedad civil, así como de los agentes locales;
4. la evaluación sistemática y el seguimiento de esas medidas, con objeto de valorar su eficacia.

Las ideas principales que se recogen en el Libro Blanco son muy similares a las que ya se recogían en el anterior Libro Verde y así se le da prioridad dentro de las acciones a la educación e información a los consumidores, y dentro de éstas, en concreto, al etiquetado nutricional, estudiándose el incluir el mismo de manera obligatoria en la parte frontal del empaque. Igualmente, se considera que los niños y adolescentes son el grupo prioritario de trabajo, siendo la escuela el lugar óptimo para desarrollar las políticas de fomento de los hábitos saludables.

Por último, el Libro Blanco vuelve a insistir en la idea del desarrollo de un espacio propicio para los hábitos saludables, sobre todo, desde la perspectiva del urbanismo y el transporte. Para la Comisión no es suficiente con promover que se realice más ejercicio físico si no hay un entorno físico y social que lo favorezca. Al esfuerzo personal por aumentar la actividad física en la vida diaria debe unirse el apoyo de un entorno físico y social que lo favorezca, considerándose

como elementos fundamentales de estas acciones los proyectos de desplazamientos a pie y en bicicleta.

El Consejo de la Unión Europea en sus recientes *Conclusiones sobre la nutrición y la actividad física* (2014/C 213/01) se hace eco del problema, al que tilda literalmente de epidemia y anima a la Comisión y a los Estados miembros para que sigan dando carácter de máxima prioridad en los próximos años a la dieta sana y la actividad física regular, con el objetivo de reducir la carga de las enfermedades y afecciones crónicas, contribuyendo de tal modo a la mejora de la salud y calidad de vida de los ciudadanos europeos y a la sostenibilidad de los sistemas sanitarios<sup>29</sup>.

Por lo que a España se refiere, en 2005 se elaboró la denominada Estrategia para la Nutrición, Actividad Física y Prevención (NAOS), iniciativa impulsada por el Ministerio de Sanidad, a través de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición. Su principal objetivo es sensibilizar a la población del problema que la obesidad representa para la salud e impulsar todas las iniciativas que contribuyan a lograr que los ciudadanos, y especialmente los niños y los jóvenes, adopten hábitos de vida saludables, principalmente a través de una alimentación saludable y de la práctica regular de actividad física<sup>30</sup>.

La Estrategia promueve seis objetivos específicos<sup>31</sup>:

- Fomentar políticas y planes de acción destinados a mejorar los hábitos alimentarios y aumentar la actividad física en la población. Estas políticas deberán ser sostenibles, integrales y buscar una amplia participación de la sociedad.
- Sensibilizar e informar a la población del impacto positivo que, para su salud, tienen una alimentación equilibrada y la práctica regular de actividad física.
- Promover la educación nutricional en el medio familiar, escolar y comunitario.
- Estimular la práctica de actividad física regular en la población, con especial énfasis en los escolares.

29DOUE 8-VII-2014, C213.

30Puede obtenerse más información sobre dicha Estrategia en la página web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en [http://www.naos.aesan.msssi.gob.es/naos/estrategia/que\\_es/](http://www.naos.aesan.msssi.gob.es/naos/estrategia/que_es/). Último acceso el 12 de agosto de 2014.

31 Vid. *Estrategia para la Nutrición, Actividad Física y Prevención (NAOS)*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2005, p. 18.

- Propiciar un marco de colaboración con las empresas del sector alimentario para promover la producción y distribución de productos que contribuyan a una alimentación más sana y equilibrada.

- Sensibilizar a los profesionales del Sistema Nacional de Salud para impulsar la detección sistemática de la obesidad y el sobrepeso en la población.

Los datos en España señalan que la obesidad puede llegar a reducir la esperanza de vida de una persona hasta en diez años, suponiendo, además, una elevada carga económica para nuestro sistema de salud con unos costes directos e indirectos asociados del siete por ciento del gasto sanitario total, lo que representaría unos 2.500 millones de euros anuales<sup>32</sup>. Además, parece que se trata de un problema que va a agravarse en el futuro porque, si bien España se sitúa en una posición intermedia en el porcentaje de adultos obesos, en lo que se refiere a la población infantil, nuestro país presenta una de las cifras más altas. El Estudio de Prevalencia de Obesidad Infantil (Aladino) recoge que en niños de entre seis y nueve años el exceso de peso se presenta en 45,2 por ciento (26,1 sobrepeso y 19,1 obesidad) de una muestra de casi ocho mil personas. Por tanto, dos de cada diez niños españoles entre los seis y los nueve años ya presenta obesidad, lo que supone que España encabece ya los primeros puestos de exceso de peso en la infancia en Europa<sup>33</sup>.

Por lo que al área geográfica se refiere, la región noreste de España presenta las cifras más bajas, mientras que la zona sur, y en concreto Murcia, Andalucía y las Islas Canarias, ofrecen las cifras más altas. Además, la probabilidad de padecer sobrepeso y obesidad es mayor en las áreas rurales que en las urbanas. También es más frecuente entre la población con un menor nivel socioeconómico y educativo. Ello obedece a que España ha experimentado lo que se denomina una “transición nutricional”. Se trata de una secuencia de modificaciones, tanto cuantitativas como cualitativas, en la alimentación, relacionadas con cambios económicos, sociales, demográficos y con factores de salud. Así, las dietas tradicionales han sido reemplazadas rápidamente por otras con una mayor densidad energética, lo que significa más grasa, principalmente de origen animal, y más azúcar

32Ibidem, p. 9.

33Vid., también, GARCÍA-GOÑI, M. y HERNÁNDEZ-QUEVEDO, C., “The evolution of obesity in Spain”, *Eurohealth*, vol. 18, núm. 1, año 2012, pp. 22-25.

añadido en los alimentos, unido a una disminución de la ingesta de carbohidratos complejos y de fibra. Estos cambios alimentarios se combinan con cambios de conductas que suponen una reducción de la actividad física en el trabajo y durante el tiempo de ocio<sup>34</sup>.

La Estrategia NAOS se centra especialmente en la infancia y juventud y en dos ámbitos concretos, el familiar y comunitario y el escolar, aunque también se promueve la adopción de convenios con las empresas de alimentación y distribución de alimentos para incorporar estos agentes en los objetivos de la Estrategia y con los profesionales sanitarios.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la mayoría de sus propuestas son de índole informativa y educativa, aunque también se recoge alguna que pretende promover cambios en la alimentación a través de fórmulas más coercitivas, como sería, por ejemplo, en el ámbito de los comedores escolares, los cuales juegan un papel primordial ya que el 20% de los niños realiza, durante cinco días a la semana, su comida principal en el centro de enseñanza, porcentaje que aumenta hasta el 32% en el grupo de edad de 2-5 años, donde se propone que por el Ministerio de Sanidad y Consumo, en colaboración con el de Educación y Ciencia, se aborden cuáles son los requisitos que deben cumplir los menús que se ofrezcan. En todo caso, esta última propuesta es casi una excepción en un modelo que, como decimos, se fundamenta en el cambio de los hábitos alimenticios a través de la información y educación<sup>35</sup>.

Desde la perspectiva institucional, la Estrategia recoge la creación de un Observatorio sobre la obesidad que vendría a encargarse de cuantificar y analizar periódicamente la prevalencia de la obesidad en la población española, especialmente en la población infantil y juvenil, midiendo los progresos obtenidos en la prevención de esta enfermedad, y asegurando la necesaria homogeneidad metodológica entre los diferentes estudios epidemiológicos que se inicien, facilitando la comparación con otros estudios nacionales e internacionales y la obtención de información válida sobre la evolución, la tendencia y los factores condicionantes y determinantes de la obesidad. El Observatorio bajo la denominación específica de “*Observatorio de la Nutrición y de Estudio de la Obesidad*” aparece recogido normativamente en la

Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, específicamente, en su artículo 38. Finalmente, el Observatorio se ha creado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de enero de 2013<sup>36</sup>.

La citada Ley 17/2011 ya incorpora entre sus fines “*la fijación de las bases para la planificación, coordinación y desarrollo de las estrategias y actuaciones que fomenten la información, educación y promoción de la salud en el ámbito de la nutrición y en especial la prevención de la obesidad*” (vid. art. 1 b).

Entre las medidas que van más allá de la mera promoción, información y educación en nutrición saludable, la Ley recoge en su artículo 40.6 la prohibición de venta en escuelas infantiles y en centros escolares de alimentos y bebidas con un alto contenido en ácidos grasos saturados, ácidos grasos trans, sal y azúcares. Igualmente, es interesante recordar lo dispuesto en el artículo 41 siguiente que afecta directamente al ámbito de contratación de las Administraciones Públicas: “*Cuando liciten las concesiones de sus servicios de restauración, las Administraciones públicas deberán introducir en el pliego de prescripciones técnicas requisitos para que la alimentación servida sea variada, equilibrada y adaptada a las necesidades nutricionales de los usuarios del servicio. Igualmente, supervisarán todo ello, atendiendo a las guías y objetivos nutricionales, establecidos por el departamento competente en materia sanitaria*”, concluyendo que “*estos requisitos deberán ser objeto de especial consideración dentro de los criterios de adjudicación del contrato*”.

El artículo 46 recoge una previsión específica sobre la publicidad de los alimentos a menores de quince años, disponiendo que “*Las autoridades competentes promoverán la firma de acuerdos de correulación con los operadores económicos y los prestadores del servicio de comunicación comercial audiovisual, para el establecimiento de códigos de conducta, que regulen las comunicaciones comerciales de alimentos y bebidas, dirigidas a la población menor de quince años, con el fin de contribuir a prevenir la obesidad y promover hábitos saludables*”.

Para reforzar dichas políticas en el ámbito de la lucha contra la obesidad, se recoge un catálogo específico de infracciones en el artículo 50, apartado 2,

---

<sup>34</sup> Vid. *Estrategia para la Nutrición, Actividad Física y Prevención (NAOS)*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2005, p. 11.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 29.

---

<sup>36</sup> Vid. Resolución del 28 de enero de 2013 de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, BOE 23-II-2013.

tales como la elaboración, distribución, suministro o venta de preparados alimenticios, cuando en su presentación se induzca a confusión al consumidor sobre sus verdaderas características sanitarias o nutricionales; el incumplimiento de normas para la protección de menores en el ámbito escolar en materia de nutrición; la comercialización de alimentos que transgredan los criterios nutricionales establecidos reglamentariamente; o las limitaciones establecidas en materia de formación o publicidad alimentaria dirigida a la infancia y juventud.

Resulta de interés destacar también el artículo 37 en el que se recoge uno de los principales riesgos que se derivarían de la promoción por los poderes públicos de la nutrición saludable y de la lucha contra la obesidad: la discriminación social de las personas obesas. Así, el precepto manifiesta que está prohibida cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sobrepeso u obesidad, considerándose discriminación directa la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sobrepeso, de manera menos favorable que otra en situación comparable, y siendo la indirecta la situación en la que una disposición, criterio o práctica, aparentemente, neutros pone a las personas con sobrepeso u obesidad en desventaja particular con respecto al resto de personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse, objetivamente, en atención a una finalidad legítima, y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

Además, el mismo artículo 37 dispone en su apartado 5 que “*Los actos y cláusulas, que constituyan o causen discriminación por razón de sobrepeso u obesidad, se considerarán nulos y sin efecto*”.

### 3. ¿UN NUEVO DERECHO DE LA SALUD PÚBLICA FRENTE A LA OBESIDAD?

El Derecho debe estar necesariamente presente en este debate sobre la implementación de las políticas de salud pública, pudiendo ofrecer diferentes fórmulas legales de promoción de la salud pública.

Sin embargo, antes de describir cuál son las diferentes medidas legales que pueden implementarse en la lucha contra la obesidad, es importante subrayar que aunque tradicionalmente se han efectuado ciertos paralelismos entre tabaquismo y obesidad, pudiendo ser las políticas públicas desarrolladas en aquel ámbito un buen ejemplo del camino que puede

seguirse para luchar frente a la segunda, el abordaje jurídico de ambos problemas de salud pública no parece que haya de ser necesariamente idéntico ya que existe un elemento importante que distingue ambos problemas: el fumador pone en riesgo a su entorno (el fumador pasivo), pero en el caso del que consume alimentos poco saludables o no practica ejercicio físico no hay daño directo para terceros. Así pues, se ha apuntado que respecto de la obesidad no podrían adoptarse medidas que limiten la libertad de las personas, debiendo adoptarse tan sólo meras medidas de información y educación, al no concurrir el requisito del daño para tercero que justificaría la intervención coercitiva del Estado.

Siendo tal posición, en gran parte, cierta, no parece muy correcto negar que las decisiones que autónomamente toman los diferentes miembros de una comunidad en cuanto a su alimentación y otros hábitos de vida tienen un impacto inmediato o, al menos, mediato en el entorno, al detraerse recursos limitados dentro del sistema sanitario. Por ello, no creemos que la posición que hemos descrito impida adoptar determinadas decisiones públicas que vayan más allá de la mera educación e información, sobre todo, cuando lo que está en juego es uno de los pilares del Estado social, como es el sistema sanitario público y universal<sup>37</sup>, pero, eso sí, tales medidas no pueden equipararse necesariamente a las que se han adoptado en el ámbito del tabaquismo.

Centrando ya nuestro discurso en las modalidades de medidas legales que pueden adoptarse en la promoción de las conductas saludables y, específicamente, en la lucha contra la obesidad, puede distinguirse entre dos categorías de medidas, las que se centran fundamentalmente en los consumidores (*consumer - focused approach* o *consumers interventions*) y las que lo hacen en la industria de producción y distribución de alimentos (*provider - focused approach* o *market place interventions*). Esta distinción es interesante a efectos de introducir cierto orden en nuestro discurso aunque respecto de determinados ejemplos concretos es difícil establecer con claridad quién es el destinatario principal de la medida, existiendo medidas que inciden tanto en los consumidores

<sup>37</sup> En contra se ha manifestado Gunneson, el cual considera que la intervención de los poderes públicos sobre los hábitos de vida de los ciudadanos exige que concurra, necesariamente, un daño directo, sustancial o definitivo, lo que no concurre en el caso de la alimentación poco saludable. Vid. GUNNESON, C.M., “Why fast food bans are the wrong solution to address America’s obesity problem and what should be done instead”, *Quinnipiac Health Law Journal*, núm. 15, año 2011-2012, p. 228.

como en la industria productora y de distribución. Sin embargo, vamos a acudir a ella, como decimos, para dar más claridad a nuestra exposición y tratar de sistematizar los ejemplos.

Dentro de la primera categoría (*consumer – focused approach*), un análisis de los modelos de Derecho comparado, no permiten distinguir tres modalidades de medidas:

a) Medidas no coercitivas o meramente informativas y educativas

Estas medidas promueven incrementar la información y educación de los ciudadanos sobre la alimentación y sus efectos en la salud. Entre estas, una de las que más presencia ha tenido en la práctica es la de la información sobre las calorías que se consumen, incorporando dicha información, bien al continente del alimento o bebida, bien a los menús en los servicios de restauración (*labeling and disclosure programs*)<sup>38</sup>.

Esta específica solución ha tenido una gran repercusión en la práctica, habiéndose adoptado en varios países. Sin embargo, es objeto de controversia ya que determinados estudios sugieren que tal información no cambia realmente los hábitos de consumo de los ciudadanos o, al menos, no alcanza a un gran número de ciudadanos, siendo pocos los que realmente acaban eligiendo el menú adecuado de conformidad con tal información sobre las calorías. Además, muchos ciudadanos no tienen formación suficiente sobre la dieta para entender qué supone en cada momento un determinado número de calorías. Por ello, se ha propuesto contextualizar dicha información acerca del número de calorías del correspondiente alimento o bebida, de manera que el consumidor conociera cuál es el número de calorías en relación con una dieta equilibrada<sup>39</sup>.

Otra tipo de medida que puede incluirse en este apartado sería la que pretende también informar y educar pero optando por mensajes que resalten de manera muy destacada y en muchas ocasiones gráficamente las consecuencias más perniciosas de seguir hábitos no saludables. Se trata de medidas que, en

cierto modo, van más allá de la mera información, alertando de manera muy expresiva de los riesgos del consumo del producto o alimento. Un ejemplo de éstas últimas que comienza a implantarse en el ámbito de la alimentación sería el que se ha empleado en los últimos años respecto del tabaco, empleándose las cajetillas de cigarrillos como medio para expresar de manera muy visual tales riesgos (véase como ejemplo extremo el del *plain packaging* en Australia, en virtud del cual, el tabaco se distribuye en cajetillas donde la marca comercial prácticamente ha desaparecido a favor de imágenes y mensajes muy ilustrativos sobre el riesgo para la salud del hábito de fumar).

Se trataría, en todo caso, de medidas que podemos calificar como flexibles o blandas y que, desde una perspectiva jurídica, plantean menos dilemas, aunque también es cierto que a través de las mismas puede incurrirse en supuestos de discriminación, al poder crear un estado de opinión contrario a la obesidad o que la estigmatice.

b) Medidas fiscales

Otras de las medidas que pueden incluirse en esta primera categoría serían las que pretendan dificultar o encarecer el acceso a determinados productos y alimentos, como medio para cambiar los hábitos de los ciudadanos, desincentivando su consumo, pudiendo destacarse medidas fiscales que graven determinadas conductas, estilos de vida o alimentos. Se trata de una medida, en principio, no coercitiva, porque no impide que el ciudadano siga consumiendo determinados alimentos, limitándose a encarecer los mismos como mecanismo para desincentivar dicho consumo.

Dichas medidas que son defendidas por varios autores y que, en cierto modo, cuentan con el respaldo de los estudios que indican que gravar un producto conlleva habitualmente una disminución en su consumo, presentan, además, la virtud de que no sólo desincentivan determinadas conductas, sino que, además, permiten obtener ingresos que pueden destinarse, a su vez, al desarrollo de otras políticas de salud pública. Sin embargo, esta modalidad de medida presenta como principal problema desde un punto de vista legal su posible falta de equidad, ya que suele recaer sobre las poblaciones en peor situación económica quienes son los que habitualmente consumen los alimentos objeto de gravamen<sup>40</sup>. Además, tampoco

<sup>38</sup>Esta medida, sin embargo, no parece haber tenido mucho impacto en la reducción del consumo de calorías, según informan diferentes estudios. Vid. RIES, N.M., “Legal and policy measures to promote healthy behaviour: using incentives and disincentives to control obesity”, *McGill Journal of Law and Health*, vol. 6, núm. 1, año 2012, p. 6.

<sup>39</sup> GUNNESON, C.M., “Why fast food bans ...”, *cit.*, p. 239.

<sup>40</sup> LOEB, L., “Childhood obesity: the law’s response to the surgeon general’s call to action to prevent and decrease overweight and obesity”, *Journal Of Health Care Law & Policy*, núm. 12, año 2009, p. 312.

el encarecimiento del producto provoca necesariamente una reducción de su consumo, pudiendo depender ello de que tal encarecimiento vaya asociado a otros elementos. Por ello, en muchas ocasiones se combina con medidas informativas.

Por otro lado, puede provocar cierto desinterés intencionado por parte de los poderes públicos en que efectivamente se reduzca el hábito no saludable, ya que ello iría en detrimento de los ingresos de las arcas públicas. El ejemplo del tabaco refleja bien lo que venimos manifestando, ya que en ocasiones los poderes públicos han puesto más esfuerzo en gravar el consumo que en políticas públicas para promover su reducción o, en su caso, para informar acerca de los efectos perniciosos.

### c) Incentivos

El último tipo de medida que podría incluirse en esta categoría y que sí está cobrando en los últimos años mayor relevancia es la de los incentivos económicos o en especie por llevar a cabo conductas de vida saludables. En el ámbito de los países anglosajones se ha acuñado, en relación a dicha medida de incentivos, el término *nudge* que en su traducción a nuestra lengua sería algo así como “dar un pequeño empujón”, es decir, animar a alguien a cambiar determinadas conductas por otras más saludables con pequeños incentivos que permitan presumir que el sujeto conserva gran parte de su libertad en la elección. Este término, en el sentido que venimos comentando, se atribuye a SUNSTEIN y THALER que definen el término *nudge* como “any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting the fruit at eye level counts as a nudge. Banning junk food does not”<sup>41</sup>. De este modo, a través de los *nudges* se promovería un cambio en la conducta alimenticia de los ciudadanos sin necesidad de recurrir a prohibiciones ni a incentivos económicos de especial relevancia, siendo el ciudadano el que libremente aceptaría el cambio aunque animado por el pequeño *empujón* que produce la correspondiente política pública.

Esta medida es objeto de controversia al discutirse cuáles pueden ser sus efectos reales sobre

41 THALER, R. y SUNSTEIN, C.R., *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press, New Haven & London, 2008, p. 8.

los cambios de los hábitos alimenticios<sup>42</sup>. Además, tampoco están ausentes los conflictos éticos. Para BLUMENTHAL-BARBY y BURROUGHS, antes de adoptar dicha fórmula deben resolverse diferentes cuestiones, tales como, cuál ha de ser el importe ofrecido, o de qué manera el incentivo puede colocar en una posición de más desventaja aún a los más necesitados o, incluso, si puede, a la postre, deteriorar la relación médico-paciente<sup>43</sup>.

En lo que se refiere al importe del incentivo, si la cuantía es muy alta, entonces, puede ser considerada como una medida coercitiva e incidir de manera injustificada en la autonomía de voluntad del individuo. Por ello, se ha considerado preferible, como veremos que se hace en alguno de los países en los que ya se ha aplicado esta medida, optar por incentivos en especie y no por incentivos económicos<sup>44</sup>.

Este dilema ético-legal nos recuerda al que se plantea respecto del pago a los sujetos sanos por participar en ensayos clínicos (los denominados ensayos fase I). Así, el artículo 3 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, en relación a los postulados éticos de dichos ensayos, dispone, en su apartado 8, literalmente, que “*Los sujetos participantes en ensayos clínicos sin beneficio potencial directo para el sujeto en investigación recibirán del promotor la compensación pactada por las molestias sufridas. La cuantía de la compensación económica estará en relación con las características del ensayo, pero en ningún caso será tan elevada como para inducir a un sujeto a participar por motivos distintos del interés por el avance científico*”.

Respecto del trato injusto a los individuos o grupos en peor condición, debemos recordar que las causas de la obesidad son multifactoriales, incidiendo no sólo la voluntad del sujeto, sino elementos genéticos.

42 Riers y Von Tigerstrom consideran que la medida consistente en incentivar económicamente las conductas saludables es la que actualmente pudiera presentar menor evidencia acerca de su eficacia. Vid. RIERIS, N.M. y VON TIGERSTROM, B., “Legal interventions to address obesity: assessing the state of the Law in Canada”, *UBC Law Review*, vol. 43, núm. 2, año 2010-2011, p. 368. En contra de dicha medida, por su escasa eficacia en modificar las conductas poco saludables, vid., también, CARTER, A. y HALL, W., “Avoiding selective ethical objections to nudges”, *The American Journal of Bioethics*, vol. 12, núm. 2, año 2012, p. 13.

43 BLUMENTHAL-BARBY, J.S. y BURROUGHS, H., “Seeking better health care outcomes: the ethics of using the “Nudge””, *The American Journal of Bioethics*, vol. 12, núm. 2, año 2012, p. 2.

44 *Ibidem*.

Por ello, se ha propuesto como alternativa diseñar estrategias en las que se evalúe también en qué medida es o no fácil para el individuo alcanzar el fin que es objeto de incentivo<sup>45</sup>.

En cuanto a la última de las cuestiones que hemos apuntado, y dado que dichos programas suelen exigir la participación de profesionales sanitarios no sólo a los efectos de evaluar si los individuos son o no aptos para participar en el programa, sino también para determinar si se ha logrado el correspondiente objetivo, ello puede determinar que la relación médico-paciente se deteriore al considerar éste que aquél es un mero policia<sup>46</sup>.

Por otro lado, se ha planteado que esta estrategia únicamente ofrece resultados positivos en el corto plazo y que normalmente desaparecen en el medio o largo plazo, porque tras el incentivo es fácil que las personas vuelvan a ganar peso o a cambiar de nuevo sus hábitos de vida. Otro problema que presenta esta iniciativa es que en muchas ocasiones involucra tan sólo a personas que ya, por sí mismos, tienen cierta predisposición o se muestran dispuestos a introducir cambios en sus hábitos de vida, quedando fuera del programa aquellos que realmente pueden representar un problema para el sistema<sup>47</sup>. También se ha apuntado que este tipo de medidas afecta a la solidaridad y que no crean una verdadera conciencia individual frente al problema. El individuo seguirá la conducta que es objeto de incentivo no porque haya desarrollado una verdadera conciencia sobre la necesidad ética de la conducta, sino tan sólo sobre la base del interés individual en el incentivo<sup>48</sup>.

Existen ya ejemplos sobre tal tipo de medida, aunque sus resultados a medio plazo son objeto de controversia, como decimos. Así, en 2007, el alcalde de una ciudad italiana anunció un proyecto para que la población perdiera peso, ofreciendo cincuenta euros a los que perdieran hasta tres kilogramos de peso en un mes y cien euros más si cinco meses más tarde mantenían el mismo peso. Para participar en dicho programa se exigía que el participante aportara un informe médico que acreditara que el sujeto presentaba

sobrepeso u obesidad de acuerdo con medidas basadas en el Índice de Masa Corporal<sup>49</sup>.

Igualmente, en Inglaterra, la autoridad sanitaria regional promovió un programa de incentivo económico, denominado “Pounds for Pounds”. El premio económico por reducir peso y mantenerlo era de cuatrocientas libras. Los resultados de dicho programa mostraron que el problema no reside tanto en la información de la que disponen los ciudadanos, la cual es mayor de la que en ocasiones se supone, sino en la búsqueda de fórmulas que incentiven a los ciudadanos a modificar sus hábitos de vida<sup>50</sup>.

Otro ejemplo lo encontramos en Alemania, donde ya en 1989 se introdujo un programa de incentivos en especie de manera que los ciudadanos que siguieran hábitos saludables de vida, tales como practicar regularmente ejercicio físico, acudir a clases de formación en nutrición saludable o a revisiones periódicas del estado de salud, reciben una serie de puntos que pueden, después, intercambiar por productos vinculados al ejercicio físico (relojes de entrenamiento, bicicletas, ...)<sup>51</sup>.

Dentro de la segunda categoría (*provider – focused approach*) existen también diferentes modalidades de medidas:

a) Prohibiciones de producción y/o distribución

Esta medida consistente en prohibir que se produzcan determinados alimentos o bebidas o, al menos, con determinados niveles de azúcares o grasas, o en prohibir que determinados alimentos o bebidas con un alto contenido en ácidos grasos saturados, ácidos grasos trans, sal y azúcares se distribuyan en determinados espacios, tales como escuelas infantiles o centros escolares de. Esta medida ya se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 40.6 de la Ley 17/2011.

Fuera de nuestras fronteras, el ejemplo paradigmático de esta segunda categoría de medidas lo encontramos en la prohibición promovida por el anterior Alcalde de Nueva York, Michael Bloomberg respecto de las bebidas de soda gigantes. Como se recordará, el citado Alcalde aprobó una norma que prohibía la venta en varios establecimientos (puestos

45 *Ibidem*.

46 *Ibidem*.

47 *Ibidem*, pp. 32 a 34.

48 ASHCROFT, R.E., “Personal financial incentives in health promotion: where do they fit in an ethic of autonomy?”, *Health Expectations*, núm. 14, año 2011, p. 196.

49 RIES, N.M., “Legal and policy measures to promote ...”, *cit.*, p. 28.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*, pp. 28 y 29.

ambulantes y bares y restaurantes) de refrescos con azúcar en formato gigante. Tal decisión le mereció al Alcalde el apelativo de *Nanny Bloomberg*, en clara referencia al manido término del *Nanny State* que es buen reflejo del temor que en la sociedad norteamericana existe hacia las decisiones de los poderes públicos que afecten a la libertad personal y que puedan constituir expresiones de paternalismo o perfeccionismo moral<sup>52</sup>.

ASHCROFT considera que las prohibiciones pueden ser eficacias en su lucha a favor de los hábitos saludables pero que presentan problemas éticos, ya que afectan desigualmente a los grupos sociales, siendo insensibles a las diferencias individuales y sociales<sup>53</sup>.

b) Régimen jurídico de contratación de las Administraciones Públicas

Para algunos autores, una de las principales opciones legales para promover las conductas y alimentación saludables dentro de la segunda categoría sería a través del régimen jurídico de contratación de las Administraciones Públicas. Así, la oferta de alimentos más saludables se incluiría como uno de los criterios para la adjudicación de los contratos de concesión de servicios, especialmente, los de restauración,

52 Sin embargo, la norma fue anulada por el Tribunal Supremo de Nueva York (*New York State wide coalition v. NYC Dept. of Health*, 11 de marzo de 2013). Las razones que llevaron al Tribunal ha pronunciarse en contra de la decisión del Alcalde fueron sustancialmente dos: En primer lugar, la Sentencia afirma que la norma se aprobó sin atender a un verdadero criterio científico, al haberse elaborado sin solicitar un previo asesoramiento por expertos. A este respecto, el Tribunal recuerda que el informe de expertos que se incorpora al expediente es elaborado después de que la norma fuera redactada y, además, por un equipo de personas designadas previamente por el propio Alcalde que dieron por bueno todo lo que la norma establecía. Todo ello le permite al Tribunal concluir que el citado informe se limitó a dar por buena la norma sin querer realizar una verdadera labor de asesoramiento técnico. Por ello, llega a tildar dicha conducta de verdadero *Leviathan administrativo* que no respeta la separación de poderes entre órganos de decisión y de asesoramiento. En segundo lugar, la Sentencia considera que la norma no supera el enjuiciamiento de razonabilidad, tachando la misma de arbitraria y caprichosa y ello porque la prohibición de venta de dichas bebidas no se establece respecto de todas las bebidas que tienen un exceso de calorías y sólo afecta a las bebidas que se distribuyen en determinados establecimientos públicos, pero no en las grandes superficies comerciales (éstas no podían quedar afectadas por la regulación al ser competencia estatal). De este modo, el Tribunal anula la norma local, y ello sin perjuicio de reconocer que los poderes públicos gozan de una presunción de razonabilidad respecto de sus decisiones que solamente puede ser controladas de manera muy contenida, sin que éstos puedan imponer su propia versión de lo que consideren más adecuado.

53 ASHCROFT, R.E., “Personal financial incentives in health promotion: ...”, *cit.*, p. 192.

mediante su inclusión en el correspondiente pliego de prescripciones técnicas. Se ha apuntado que a través de esta medida las Administraciones Públicas no sólo tendrían la oportunidad de distribuir alimentos más saludables, sino también fomentar la demanda por el propio mercado por la producción y distribución de dichos alimentos<sup>54</sup>. Además, ello se haría sin incrementar la carga burocrática ya que los poderes públicos no tendrían que regular normas que exijan la producción de alimentos y productos más saludables sino meramente promover que el mercado los demande al constituir un criterio para la obtención por parte de las empresas privadas de las adjudicaciones de los contratos. Se pondría así más énfasis en la obtención de unos resultados que en meras medidas prohibitivas<sup>55</sup>.

Se trataría, pues, de una medida similar a la que se ha empleado en nuestro ordenamiento jurídico para la promoción, entre otras, de las políticas de prevención de riesgos laborales o de protección de medioambiente<sup>56</sup>.

Esta interesante medida de promoción de la alimentación saludable ya se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 17/2011. En su artículo 41 dispone, literalmente, que: “*Cuando liciten las concesiones de sus servicios de restauración, las Administraciones públicas deberán introducir en el pliego de prescripciones técnicas requisitos para que la alimentación servida sea variada, equilibrada y adaptada a las necesidades nutricionales de los usuarios del servicio. Igualmente, supervisarán todo ello, atendiendo a las guías y objetivos nutricionales, establecidos por el departamento competente en materia sanitaria*”, concluyendo que “*estos requisitos deberán ser objeto de especial consideración dentro de los criterios de adjudicación del contrato*”.

c) Litigación (*classaction*)

La litigación también parece mostrarse, en países con gran tradición al respecto como Estados Unidos de América, como una fórmula apta para promover

54 NOONAN, K., SELL, K., MILLER, D. Y RUBIN, D., “Government purchasing to improve public health: theory practice and evidence”, *Public Health Law Research*, Robert Wood Johnson Foundation, 2013, p. 4.

55 *Ibidem*.

56 El artículo 60 de la Ley de Contratos del Sector Público recoge en su apartado c) la prohibición de contratar respecto de aquellas personas que hayan sido sancionadas por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales o por infracción muy grave en materia medioambiental.



la salud pública y ello desde diferentes perspectivas. Se ha apuntado que el inicio de los grandes litigios (*classaction*) contra las empresas de producción y distribución de alimentos, tal y como ocurriera unos años atrás con las empresas tabaqueras, no sólo puede surtir un efecto positivo sobre aquéllas, al incentivar cambios para evitar futuros litigios, sino también en el propio legislador y en la opinión pública. Así, BENJAMIN considera que la litigación es la mejor oportunidad para implementar cambios en la salud pública, teniendo efectos no sólo para la industria alimenticia sino también para los legisladores y el público en general. La litigación permite centrar el debate en la responsabilidad de la industria y al hacerse eco de las conductas y prácticas incorrectas de ésta hacia la salud de los ciudadanos, provoca que sus accionistas y propietarios opten por introducir cambios favorables para la salud pública. Un ejemplo de estos efectos positivos lo encontramos en uno de los principales litigios contra la industria alimenticia, *Pelman v. McDonald's Corp.*, el cual provocó que tanto la industria como los poderes públicos y la opinión pública en general tomara conciencia del problema<sup>57</sup>.

Frente a ello, parece que el Congreso norteamericano se decanta por otras vías de manera que ya se han tramitado algunos proyectos de ley que promueven una limitación de la litigación frente a la industria alimentaria y no sólo por los efectos económicos que pudieran tener, sino también porque se considera que centrar la responsabilidad en la industria supone olvidar que los ciudadanos también deben ser responsables de su alimentación y, por tanto, de su salud<sup>58</sup>. Así pues, parece que en Estados Unidos de América, con gran tradición en la litigación, se opta más por medidas centradas en los consumidores o, al menos, distintas de las que pueda ofrecer la litigación por daños a la salud presuntamente provocados por las productoras y distribuidoras de alimentos.

Por último, junto a las dos categorías en las que hemos sistematizado las diferentes propuestas de políticas de salud pública en orden a promover conductas más saludables podemos añadir una tercera

categoría que se caracteriza, más que por el sujeto sobre el que incide, por el hecho de que pretende modificar los hábitos a través de un cambio del entorno o lo que en el mundo anglosajón se ha denominado “*choice architecture*”, término que haría referencia al entorno en el cual los individuos hacen sus elecciones y adoptan sus hábitos de vida (*community interventions*). Esta categoría de medida creemos que reviste gran interés porque, en muchas ocasiones, al amparo de las políticas de salud pública, sobre todo en tiempos como los que actualmente concurren en los que se promueve la reducción del gasto público, la tentación de los poderes públicos puede ser la de trasladar el problema, bien a los consumidores, bien a los productores y distribuidores, sin desarrollar políticas efectivas de cambio del entorno que, en muchas ocasiones, es el que propicia las conductas poco saludables. Así, se ha apuntado que una de las causas de la epidemia de la obesidad y del exceso de peso que sufre gran parte de la población de los países más prósperos viene provocada por el tipo de urbanismo y construcción desarrollado, sobre todo, en la segunda mitad del siglo XX y que se caracteriza por un modelo que favorece la vida sedentaria con urbanizaciones alejadas del centro de las ciudades y en las que las actividades más cotidianas, como hacer la compra, ir al trabajo, a la escuela, etc., exigen emplear permanentemente el vehículo<sup>59</sup>. Difícilmente pueden tener un efecto positivo determinadas medidas de información, educación, incentivos o prohibición sin cambios en un entorno que no favorece las conductas saludables.

#### 4. CONCLUSIONES

Así pues, como hemos podido comprobar, el Derecho habrá de estar presente a la hora de informar sobre qué medida legal es la más conveniente y oportuna, atendiendo además al principio de proporcionalidad que en este ámbito cobra un protagonismo estelar.

En todo caso, parece que la mejor fórmula es aquella que conjugue medidas tanto centradas en los consumidores como en los productores y distribuidores, siendo importante señalar que la opción exclusiva por estas última puede tener el efecto negativo de no involucrar a los ciudadanos en el propio cuidado

57 BENJAMIN, E., “Public health approaches to obesity: litigation, legislation, and lessons learned”, *Pitt. J. Envtl. Pub. Health L.*, vol. 1, núm. 127, año 2007, p. 137. *Pelman v. McDonald's Corp.*, se considera el *seminal case* en el ámbito de los litigios contra industria alimenticia por razones de obesidad. Vid., también, WEEKS, E.A., “Beyond compensation: using Torts to promote Public Health”, *Journal Of Health Care Law & Policy*, vol. 10, año 2007, pp. 27 a 59.

58 BENJAMIN, E., “Public health approaches to obesity: ...”, *cit.*, p. 141.

59 TARLOCK, D., “Fat and fried: linking land use law, the risks of obesity, and climate change”, *Pittsburgh Journal of Environmental & Public Health Law*, vol. 3, año 2009, p. 32. Vid., también, LOEB, L., “Childhood obesity: ...”, *cit.*, pp. 313 y 314.

de su salud o, en su caso, no responsabilizarles, cuando, como se señaló hace pocos años en Estados Unidos de América cuando se tramitaba la Commonsense Consumption Act of 2007, la cual promovía que los ciudadanos tomaran consciencia del cuidado de su salud, “fostering a culture of acceptance of personal responsibility is one of the most important ways to promote a healthier society”<sup>60</sup>.

GOSTIN ha propuesto cinco criterios para determinar cuándo una específica intervención al amparo de la salud pública puede estar justificada<sup>61</sup>:

- a) Suficiente evidencia científica que permita sustentar que existe un significativo riesgo para la salud pública.
- b) Capacidad razonable de que la medida alcanzará el fin propuesto.
- c) Coste económico razonable en comparación con el beneficio para la salud pública.
- d) Equilibrio entre la limitación de la libertad pública y los probables beneficios.
- e) Y distribución equitativa de los costes y beneficios de la medida.

En todo caso, el desarrollo de políticas públicas que promuevan la salud pública no suponen necesariamente que quede en entredicho el principio de autonomía, ya que como señalara el Juez *Harlan* hace más de cien años en *Jacobson v. Massachusetts*, en la sociedad la libertad depende de la protección de la comunidad<sup>62</sup>.

60 MONTGOMERY, B., “The American Obesity Epidemic: Why the U.S. Government must attack the critical problems of overweight & obesity through Legislation”, *Journal of Health & Biomedical Law*, Suffolk University Law School, Vol. IV, núm. 2, año 2008, p. 389.

61 GOSTIN, L.O., “General justifications for public health regulation”, *Public Health*, núm. 121, año 2007, pp. 829 a 834.

62 La Sentencia del Tribunal Supremo de 1905, caso *Jacobson v. Massachusetts*, constituye el *seminal case* de las vacunaciones obligatorias. En dicho caso, el Tribunal Supremo resolvió acerca de la negativa de un mayor de edad a la obligación de vacunarse frente a la viruela. El Alto Tribunal declaró que la comunidad tiene derecho a protegerse frente a determinados peligros como pudieran ser las epidemias y que, en consecuencia, ello constituye un límite a la libertad de decisión sobre su propio cuerpo que tiene todo sujeto. De este modo, la vacuna obligatoria es congruente con los tradicionales poderes de policía que tiene el Estado. Este caso vino precedido de uno de los mayores ejemplos de movimientos antivacunas que surgieron en Estados Unidos de América. Tal movimiento aparece en el marco de una gran epidemia de viruela que se desató en la ciudad de Boston a principios del siglo XX. Como

A este respecto, RAMIRO AVILÉS y LOBO apuntan con acierto que dichas políticas no sólo pueden no ser lesivas de la libertad civil individual sino que, en ciertas condiciones, pueden ampliarla, ya que la salud es una condición del desarrollo personal en libertad y, además, de gran importancia para el desarrollo socioeconómico pleno de una sociedad<sup>63</sup>. En todo caso, para dichos autores, la acción en salud pública no puede limitarse a programas informativos, educativos y de asistencia sanitaria individual, al considerarse que el establecimiento de prohibiciones y obligaciones por leyes de salud pública no es el remedio adecuado, sino que son imprescindibles ciertas leyes condicionantes de conductas personales para definir unas reglas de juego fundamentales a fin de evitar daños a otros, mantener la autonomía personal y promover el bien y la justicia. Nada impide, además, desarrollar adicionalmente programas informativos, educativos o asistenciales<sup>64</sup>.

Por otro lado, el debate acerca de en qué medida tales políticas inciden en la libertad de las personas queda diluido cuando las mismas tienen como principales destinatarios a la infancia y adolescencia, al no recaer ya sobre seres plenamente autónomos. Hay propuestas que, siendo plenamente aceptables en el ámbito de la infancia, son más discutidas cuando pretenden trasladarse a los mayores de edad<sup>65</sup>. Por ello, centrar gran parte de las políticas de salud pública en la infancia no sólo parece razonable desde la perspectiva del principio de la especial protección de la que son merecedores los menores por su vulnerabilidad, sino también desde el prisma de los problemas que tales políticas pueden tener sobre la libertad de los ciudadanos. Sin embargo, el problema que presenta dicha opción es que los beneficios se producirían a muy largo plazo, cuando parece que el problema no sólo debe ser abordado ya, sino que, además, debería

reacción a las publicaciones de un periodista del Boston Globe que acompañó a las brigadas estatales de vacunación acerca de una supuesta vulneración de los derechos civiles de ciertos ciudadanos (principalmente vagabundos), surge tal movimiento. Vid. VV.AA., “The last smallpox epidemic in Boston and the vaccination controversy, 1901-1903”, *The New England Journal of Medicine*, núm.344, año 2001, pp. 375-379. Vid., igualmente, PALOMINO, R., *Las objeciones de conciencia*, Montecorvo, Madrid, 1994, pág. 346.

63 RAMIRO AVILÉS, M.A. y LOBO, F., “La justificación de las políticas de salud pública desde la ética y la eficiencia económica. Informe SESPAS 2010”, *Gaceta Sanitaria*, número 24, suplemento 1, año 2010, p. 126.

64 *Ibidem*.

65 RIEERS, N.M. y VON TIGERSTROM, B., “Legal interventions to address obesity: ...”, *cit.*, p. 369.

producir algunos efectos en el corto o, en su caso, medio plazo, como se hizo hace unos años con el consumo excesivo de tabaco.

Lo mismo puede plantearse cuando las medidas tienen como principal destinatario a las empresas y no a los consumidores. Ello, obviamente, no significa que el test de proporcionalidad no deba ser aplicado respecto de las personas jurídicas y, específicamente, cuando la limitación incide sobre la libertad de empresa, la cual recordemos se consagra en nuestro ordenamiento constitucional como un derecho fundamental (artículo 38 CE), aunque no con la protección reforzada que implica el acceso al recurso de amparo, y también en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 16). Sin embargo, lo anterior no obsta para reconocer que una medida de salud pública podría encontrar más facilidades desde una perspectiva constitucional para superar dicho test, atendiendo, sobre todo, a cómo opera respecto de las personas jurídicas el principal límite a los límites a los derechos basados en intereses generales, véase, el núcleo esencial.

En definitiva, ciertamente es difícil alcanzar un equilibrio razonable entre la libertad personal y la protección de la salud colectiva, sobre todo, cuando ésta incide en las actividades más cotidianas de la vida. Sin embargo, ello no debe obstar para que, con pleno respeto del principio de proporcionalidad, no pueda avanzarse en políticas que fomenten las conductas de vida saludables, sobre todo, cuando éstas vienen ya avaladas por la evidencia científica. En ello nos va algo tan importante como es la propia sostenibilidad del sistema público de salud.

Para concluir, consideramos importante subrayar tres ideas:

En primer lugar, toda política pública no debe olvidar que la mejor lucha en pro de la salud pública de la colectividad pasa necesariamente, más allá de medidas concretas como las que hemos expuesto, por mejorar las condiciones económico-sociales de la comunidad. Como señala acertadamente la Exposición de Motivos de la Ley General de Salud Pública, *“La búsqueda de la salud debe ser una tarea solidaria y compartida que no reconozca fronteras. Este aspecto cobra singular importancia en el mundo globalizado del siglo XXI, marcado por profundas desigualdades que siguen un patrón social entre países y dentro de los propios países, y hace de la aspiración a la equidad no sólo un fin, sino un medio para lograr una mejor salud para todas las personas. La equidad es*

*al fin y al cabo consustancial a la salud y sólo las sociedades que procuran la igualdad consiguen buenos resultados en salud”*.

Los estudios de salud pública subrayan claramente dicha correlación entre mejora de las condiciones socioeconómicas de vida de los ciudadanos y mejora de su salud, de manera que, por ejemplo, en los países en los que se aprecian menores diferencias entre las clases más ricas y las más desfavorecidas, se obtienen los mejores resultados de esperanza de vida (véanse, por ejemplo, Suecia y Países Bajos). En todo caso, los peores datos de esperanza de vida que se obtienen en los países con mayores desigualdades no sólo vienen referidos a las clases más desfavorecidas, sino también a las clases ricas, de manera que puede afirmarse que la inequidad en la riqueza es perjudicial para la salud tanto de ricos como de pobres<sup>66</sup>.

Sin perjuicio de ello, no debemos olvidar tampoco, desde el prisma socio-económico, que aunque la obesidad afecta a todas las clases, predomina en las personas con bajo nivel social y cultural<sup>67</sup>.

En segundo lugar, que la lucha a favor de las conductas de vida saludable como política de salud pública no puede suponer imputar toda la responsabilidad por el padecimiento de una enfermedad a los individuos porque, si bien es cierto que los estudios indican que los hábitos de vida (sobre todo, la alimentación y el ejercicio físico) tienen una muy importante incidencia sobre el desarrollo de las enfermedades, el que una persona lleve una vida saludable no le aleja necesariamente de la enfermedad, al incidir también factores tales como la predisposición genética o el entorno medioambiental. Así pues, se trataría de impulsar medidas que en ningún caso olviden la consideración y cuidado respecto del que es merecedor todo enfermo con independencia de las razones por las que haya contraído la misma, lo que, además, en muchas ocasiones no es posible determinar con exactitud.

En tercer lugar, que la promoción efectiva de salud pública, ya sea acudiendo a meros instrumentos de información o educación, ya sea, yendo más allá, mediante la prohibición o incentivación de determinadas conductas de vida, debe incorporar también medidas legales que impidan que puede incurrirse

66 ROBERTSON, A., “Health promotion and the common good: Reflections on the politics of need”, en CALLAHAN, D. (Edit.), *op. cit.*, p. 79.

67 MONEREO MEGÍAS, S., IGLESIAS BOLAÑOS, P. y GUIJARRO DE ARMAS, G., *op. cit.*, p. 29.

por parte de la comunidad en posturas próximas al perfeccionismo moral, dando lugar a discriminaciones sociales, lo que normalmente afectará a las clases más desfavorecidas. Se trata de luchar por la salud pública sin caer en lo que se ha denominado fuera de nuestras fronteras, de manera muy ilustrativa, *healthism*<sup>68</sup>.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ASHCROFT, R.E., “Personal financial incentives in health promotion: where do they fit in an ethic of autonomy?”, *Health Expectations*, núm. 14, año 2011
- BANKER, M.I., “I saw the sign: The new Federal Menu-Labeling Law and lessons from local experience”, *Food and Drug Law Journal*, vol. 65, núm. 4, año 2010.
- BENJAMIN, E., “Public health approaches to obesity: litigation, legislation, and lessons learned”, *Pitt. J. Env'tl. Pub. Health L.*, vol. 1, núm.127, año 2007.
- BLUMENTHAL-BARBY, J.S. y BURROUGHS, H., “Seeking better health care outcomes: the ethics of using the “Nudge”, *The American Journal of Bioethics*, vol. 12, núm. 2, año 2012.
- CALLAHAN, D., “Preventing disease, creating society”, *American Journal of Preventive Medicine*, vol. 2, núm.4, año 1986.
- CALLAHAN, D. (Edit.), *Promoting healthy behavior. How much freedom? Whose responsibility?*, Georgetown University Press, Washington DC, 2000.
- CARTER, A. y HALL, W., “Avoiding selective ethical objections to nudges”, *The American Journal of Bioethics*, vol. 12, núm. 2, año 2012.

- FINKELSTEIN, E.A., STROMBOTNE, K.L., CHAN, N.L., KRIEGER, J., “Mandatory menu labeling in one fast-food chain in King County, Washington”, *American Journal of Preventive Medicine*, vol. 40, núm.2, febrero 2011.
- GARCÍA-GOÑI, M. y HERNÁNDEZ-QUEVEDO, C., “The evolution of obesity in Spain”, *Eurohealth*, vol. 18, núm. 1, año 2012.
- GOSTIN, L.O., “A theory and definition of Public Health Law”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 10, núm. 1.
- GOSTIN, L.O., “General justifications for public health regulation”, *Public Health*, núm.121, año 2007.
- GUNNESON, C.M., “Why fast food bans are the wrong solution to address America’s obesity problem and what should be done instead”, *Quinnipiac Health Law Journal*, núm. 15, año 2011-2012.
- HILL, B.J., “The constitutional right to make medical treatment decisions: a tale of two doctrines”, Case Western Reserve University, Case Research Paper Series in Legal Studies, Working Paper 07-28.
- LALONDE, M., *A new perspective on the health of Canadians*, Government of Canada, Ottawa, 1974.
- LOEB, L., “Childhood obesity: the law’s response to the surgeon general’s call to action to prevent and decrease overweight and obesity”, *Journal Of Health Care Law & Policy*, núm. 12, año 2009.
- LOEB, L., “Childhood obesity: the law’s response to the surgeon general’s call to action to prevent and decrease overweight and obesity”, *Journal Of Health Care Law & Policy*, núm. 12, año 2009.
- MILLÁN NÚÑEZ-CORTÉS, J. y DEL LLANO SEÑARÍS, J. (Dir.), *Ser Médico. Los valores de una profesión*, Unión Editorial, Madrid, 2012.
- MONEREO MEGÍAS, S., IGLESIAS BOLAÑOS, P. y GUIJARRO DE ARMAS, G., *Nuevos retos en la prevención de la obesidad. Tratamientos y calidad de vida*, Fundación BBVA, Bilbao, 2012.

68 Sobre tal concepto que hace referencia a una presunta nueva ideología que exacerba la promoción de las conductas de vida saludable, haciendo al individuo único responsable de su propia enfermedad, vid., en especial, SKRABANEK, P., *The death of humane medicine and the rise of coercive healthism*, The Social Affairs Unit, St Edmundsbury Press, Suffolk, 1994.

- MONTGOMERY, B., “The American Obesity Epidemic: Why the U.S. Government must attack the critical problems of overweight & obesity through Legislation”, *Journal of Health & Biomedical Law*, Suffolk University Law School, Vol. IV, núm. 2, año 2008.
- NOONAN, K., , SELL, K., MILLER, D. Y RUBIN, D., “Government purchasing to improve public health: theory practice and evidence”, Public Health Law Research, Robert Wood Johnson Foundation, 2013.
- RAMIRO AVILÉS, M.A. y LOBO, F., “La justificación de las políticas de salud pública desde la ética y la eficiencia económica. Informe SESPAS 2010”, *Gaceta Sanitaria*, número 24, suplemento 1, año 2010.
- RIES, N.M., “Legal and policy measures to promote healthy behaviour: using incentives and disincentives to control obesity”, *McGill Journal of Law and Health*, vol. 6, núm. 1, año 2012.
- SERRANO RÍOS, M., ORDOVÁS, J.M. y GUTIÉRREZ FUENTES, J.A., Obesity, Eselvier, Barcelona. 2011.
- SKRABANEK, P., *The death of humane medicine and the rise of coercive healthism*, The Social Affairs Unit, St Edmundsbury Press, Suffolk, 1994.
- STARFIELD, B, SHI, L. y MACINKO, J., “Contribution of primary care to Health Systems and health”, *The Milbank Quaterly*, vol. 83, núm. 3, año 2005.
- TARLOCK, D., “Fat and fried: linking land use law, the risks of obesity, and climate change”, *Pittsburgh Journal of Environmentak& Public Health Law*, vol. 3, año 2009.
- THALER, R. y SUNSTEIN, C.R., *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press, New Haven & London, 2008.
- WANLESS, D., *Securing our future health: Taking a long-term view*, HM Treasury, abril, 2002.
- WEEKS, E.A., “Beyond compensation: using Torts to promote Public Health”, *Journal Of Health Care Law & Policy*, vol. 10, año 2007.
- WISE, J., “Tsunami of Obesity threatens all regions of World, data show”, *BMJ*, núm.342, año 2011.
- WOOLF, S.H. y ARON, L. (Eds.), *U.S. Health in International Perspective: Shorter Lives, Poorer Health*, The National Academies Press, Washington, DC, 2013.

