

Señora Magistrada y señores Magistrados
Corte Constitucional Colombiana
A la Atención del magistrado Luis Ernesto Vargas
E.S.D

Ref: Intervención ciudadana en el expediente D-8096.
Demanda ciudadana contra los artículos 14 a 17 de la Ley
1335 de 2009.

Respetada Magistrada y respetados Magistrados:

Los suscritos Rodrigo Uprimny y Diana Esther Guzmán, en nuestra calidad de ciudadano y ciudadana colombianos, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, y como Director e Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad –DeJuSticia-, intervenimos en el proceso de la referencia, con el fin de impugnar la demanda y defender la constitucionalidad de los artículos 14 a 17 de la Ley 1335 de 2009.

Las normas demandadas, como se explicará de forma más detallada ulteriormente, establecen prohibiciones a la publicidad de productos derivados del tabaco. El demandante considera que dichas disposiciones son inconstitucionales por cuanto violan la libertad económica. Su argumento esencial es que si un producto y una actividad son lícitas, como sucede con la industrial del tabaco, entonces la ley puede regular la publicidad pero no puede prohibirla, por cuanto eliminaría un elemento esencial de la libertad económica y del mercado. En este escrito mostraremos que eso no es así, para lo cual comenzaremos por (1) indicar que el derecho a la salud impone al Estado obligaciones de prevenir factores que generan enfermedades, como el consumo de tabaco o la exposición al humo de cigarrillo, para luego (2) examinar las posibles restricciones constitucionales a la libertad económica y (3) su relación con la regulación del mercado del tabaco, y concluir así, que dada la probada nocividad del tabaco, bien puede el Estado establecer para estos productos un “mercado puramente pasivo”, esto es, que el Estado tolera pero desestimula y por ello prohíbe la publicidad y el fomento del mismo. Mostraremos además (4) que esa idea de “mercado pasivo” en el fondo no es más que un desarrollo de lo establecido por el

“Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco”, hecho en Ginebra, el veintiuno (21) de mayo de dos mil tres (2003), aprobado por la Ley 1109 de 2006, y declarado constitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C-665 de 2007. Esto nos permitirá entonces (5) examinar específicamente las normas demandadas y mostrar que éstas son constitucionales¹.

1. El derecho a la salud y deber estatal de regular estrictamente la comercialización y el consumo del tabaco

El punto de partida de esta intervención es el reconocimiento de que el tabaco ocasiona graves problemas a la salud de las personas y a los sistemas de salud, al menos por cinco factores que interactúan entre sí². Primero, el consumo de tabaco es adictivo, pues la nicotina es una de las sustancias conocidas que mayor dependencia ocasiona. Segundo, el tabaco ocasiona muy graves daños a la salud de los consumidores, pues es un factor contribuyente a varios tipos de cáncer y a enfermedades cardiovasculares y cerebrovasculares, entre otras graves dolencias. Tercero, el humo de tabaco afecta no sólo al usuario sino también a terceros, los llamados “fumadores pasivos”, pues quienes se encuentran en un lugar cercano a quien consume el tabaco terminan afectados por el humo del fumador. Es más, incluso investigaciones recientes han mostrado que existe un “humo de tercera mano”, que hace referencia a las partículas tóxicas de humo que quedan adheridas a distintos tipos de superficie, como muebles o ropa, que tiene también graves efectos

¹ Esta intervención se basa en un texto más extenso elaborado por uno de los intervinientes, en coautoría con Camilo Castillo y con la asistencia investigativa de Manuel Morales Fontanilla. Ver Rodrigo Uprimny y Camilo Castillo. *Constitución, Democracia y Tabaco en Colombia. Reflexiones sobre el marco constitucional y de políticas comparadas para la implementación en Colombia del “Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco”*. Bogotá, Mimeo, DeJuSticia, 2009

² Según un documento de la fundación Interamericana del corazón, el consumo de cigarrillos es responsable por lo menos del “85 a 90% de los cánceres de pulmón, del 30% de todas las muertes por cáncer, del 75 al 85% de los casos de Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica (Bronquitis crónica, enfisema pulmonar), del 30% de las muertes por enfermedad coronaria.” Lo anterior es el resultado de las enfermedades más conocidas que se asocian al uso del tabaco, pues según el mismo informe, hay muchas más dolencias relacionadas con el consumo de cigarrillos. Todos los costos de estas enfermedades deben ser asumidos por el sistema de seguridad social, lo cual colabora a que dicho sistema se vuelva inviable. Para mayor información ver: Sociedad Interamericana del corazón. Convenio Marco para el Control del Tabaco: Racionalidad y Fundamentos disponible en línea en: http://74.125.47.132/search?q=cache:gX09JhwDx6sJ:hosting.diputados.gob.mx/dip_gvr/foro/Revisi%25F3n%2520%2520El%2520Convenio%2520Marco%2520para%2520el%2520Control%2520del%2520Tabaco.doc+convenio+marco+para+el+control+del+tabaco+racionalidad+y+fundamentos&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co documento recuperado el 22 de marzo de 2009.

sobre la salud³. En cuarto lugar, los servicios de salud deben dedicar cuantiosos recursos a atender las enfermedades asociadas al consumo de tabaco; a su vez, dichas enfermedades implican pérdidas de productividad considerables y costos generales importantes a las economías nacionales. Finalmente, sobre todo para las personas de escasos recursos, en los países pobres, la adicción al tabaco consume una parte no despreciable de los ingresos familiares, lo cual reduce el gasto en vivienda, educación o salud⁴. La OMS considera que en el siglo pasado el tabaco mató a más de 100 millones de personas y que en la presente centuria, el número podría elevarse a 1000 millones y que éstas ocurrirán especialmente en los países de bajos ingresos⁵.

Teniendo en cuenta esos graves efectos del tabaco sobre la salud, resulta entonces natural que los Estados no sólo estén autorizados sino que incluso se encuentren obligados a regular en forma estricta la producción, la comercialización y el consumo del tabaco, precisamente para enfrentar esos graves problemas de salud. En efecto, el derecho a la salud es un derecho humano fundamental, como lo han reconocido los intérpretes más autorizados tanto de la Constitución, que es la Corte Constitucional⁶, como del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), que es el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC)⁷. Ahora bien, el Estado, frente al derecho a la salud, no sólo tiene el deber de permitir y facilitar a todas las personas, sin discriminación, el acceso a los servicios médicos sino que, además, tiene claras obligaciones preventivas en este campo. Así, el artículo 12 del PIDESC, que no sólo obliga internacionalmente al Estado colombiano sino que además tiene en nuestro país rango constitucional, por mandato del artículo 93 y en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad⁸, establece

³ El término fue acuñado por médicos del Hospital Infantil MassGeneral de Boston en un estudio publicado en *Pediatrics* y que muestra los efectos dañinos de ese humo de tercera mano. Ver *El Tiempo*, 31 mayo de 2009, pag 3-10

⁴ Chips A Bostic (20008) "Two global crisis bring opportunities to international tobacco control" en *Sustainable Development Law and Policy*. Volumen IX, No 1, p 13.

⁵ Ibidem,

⁶ En la reciente sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional reiteró la tesis, ya desarrollada en sentencias previas, sobre el carácter fundamental del derecho a la salud.

⁷ En particular, en su período No 22 de sesiones, el 11 de mayo de 2000, el Comité DESC adoptó la "Observación General No 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (art 12)", que claramente señala que el derecho a la salud es un derecho humano fundamental de todas las personas.

⁸ Sobre la figura de bloque de constitucionalidad, ver Rodrigo Uprimny (2002) "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal" en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, v. I, Bogotá, p.143.

inequívocamente que es obligación esencial del Estado la “*prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole*” y la “*educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud*”. Es pues evidente que el Estado colombiano debe prevenir las enfermedades asociadas al consumo del tabaco y debe educar a su población para que pueda prevenir y tratar adecuadamente los problemas de salud asociados al consumo de tabaco.

Igualmente, el Comité DESC ha insistido también en esos deberes preventivos generales del Estado en materia de salud, pues ha indicado que una obligación esencial de los Estados es “*adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población*”.⁹ Por consiguiente, si los estudios señalan consistentemente que el tabaco afecta gravemente la salud pública, entonces es imperativo que el Estado desarrolle políticas para prevenir y controlar ese riesgo sanitario.

Por su parte, el entonces Relator sobre el derecho a la Salud de Naciones Unidas, el señor Paul Hunt, al interpretar los alcances de los mandatos impuestos a los Estados por el PIDESC, ha intentado sistematizar algunos de los elementos básicos que debe reunir un sistema de salud, para ser compatible con los estándares internacionales. Este Relator, cuyos documentos constituyen una doctrina muy autorizada sobre el alcance del derecho a la salud, ha señalado que el derecho a la salud no se reduce al derecho a acceder a la atención médica sino que es más amplio e integral, pues consiste en el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental y síquica, por lo cual los sistemas y las políticas de salud no pueden limitarse a atender la enfermedad pues deben también tratar los factores subyacentes determinantes de la salud¹⁰. Ahora bien, si el consumo de tabaco y la exposición al humo de cigarrillo son elementos que claramente ocasionan enfermedades, entonces se trata de un factor subyacente determinante de la salud de las personas, que debe ser adecuadamente enfrentado por los Estados.

⁹ Observación General 14, párrafo 43, lit f)

¹⁰ Ver en particular los siguientes dos documentos: su informe al Consejo de Derechos Humanos de 2008 (Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/7/11, 31 de enero de 2008, versión editada) y su informe a la Asamblea General de 2007 ((A/62/214)

Esos deberes del Estado de controlar los factores subyacentes de la enfermedad y de prevenir los males de salud de la población no sólo autorizan sino que incluso ordenan que haya una regulación pública muy estricta del mercado y consumo de tabaco y confiere, en principio, una base constitucional muy sólida al Convenio Marco, tal y como lo reconoció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-665 de 2007, que declaró exequible dicho tratado. Dijo entonces la Corte al respecto:

“La finalidad del Convenio, señalada en su artículo 3, se enmarca en la protección de las generaciones presentes y futuras frente a las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo, y por tanto, desarrolla los principios contenidos en los artículos 49, 78 y 79 de la Carta. En efecto, dichas normas señalan la obligación del Estado en la atención a la salud y saneamiento ambiental, en relación con el control de bienes y servicios ofrecidos a la comunidad, así como de la información que debe suministrarse al público en su comercialización, de la misma manera establecen la responsabilidad de los productores de sustancias que atentan contra la salud pública. Por otro lado, señalan el deber de toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.”

El examen precedente muestra entonces que la existencia de políticas severas para regular el mercado del tabaco y controlar su consumo tiene amplio sustento constitucional y eso explica que la Corte Constitucional haya avalado el Convenio Marco. Sin embargo, y como lo precisa la Corte y se desprende de la propia naturaleza de este tratado, el Convenio Marco, si bien impone directamente ciertas obligaciones a las autoridades estatales, requiere también medidas complementarias para su adecuada implementación, como leyes o reglamentaciones administrativas. En ese sentido, se trata de un convenio general o “marco” que requiere desarrollos normativos suplementarios. La ley 1335 de 2009 desarrolla entonces precisamente el Convenio Marco y las normas acusadas, en desarrollo de dicho tratado y de los deberes del Estado en materia de salud, imponen ciertas restricciones a la publicidad del tabaco. El demandante considera entonces que tales restricciones, como aquellas que prohíben de manera total ciertas formas de publicidad, son inconstitucionales, supuestamente por afectar la libertad económica. Conviene pues examinar hasta qué punto el derecho constitucional a la libertad económica de los productores y comercializadores de tabaco impiden que se pongan en marcha medidas estrictas para implementar el Convenio Marco y para reducir los daños sanitarios asociados al

consumo de tabaco y a la exposición del humo de cigarrillo. En los siguientes puntos abordamos entonces ambos aspectos.

2. Las limitaciones constitucionales de la libertad económica

Desde sus primeras sentencias la Corte Constitucional ha considerado que la libertad de empresa puede ser restringida en aras de salvaguardar derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Así en la sentencia C- 425 de 1992 afirmó lo siguiente:

“La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a las limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social. En términos más generales la libertad económica se halla limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y particularmente, por el establecimiento de monopolios o la clasificación de una determinada actividad como un servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales, etc.”

Esta doctrina se fue decantando, y la Corte estableció cuáles actividades pueden ser objeto de regulaciones rigurosas. Por ejemplo, las actividades económicas comunes no requieren que se expida una normatividad para su ejercicio, pero aquellas iniciativas privadas que implican un riesgo social deben ser reglamentadas. Lo anterior acarrea la obligación estatal de expedir las leyes y decretos que establecen los parámetros para permitir a los particulares ejercer este tipo de actividades. De aquí se desprende también la necesidad de control de estas iniciativas particulares, pues, por un lado, se puede poner en peligro la dignidad humana; y por el otro, el artículo 365 de la Constitución le ordenó a las autoridades públicas mantener la vigilancia sobre este tipo de actividades. La sentencia C-176 de 1996 precisó que:

“(…) la Constitución no otorga el mismo grado de protección a la iniciativa privada en todos los campos económicos. Así, el contenido esencial de la libertad económica varía según los tipos de actividades; por ejemplo, una ocupación económica ordinaria no requiere de permiso especial pues es por regla general de libre iniciativa (CP art. 333), pero en cambio no son de libre

ejercicio las profesiones que impliquen riesgos sociales (CP art. 26) y los servicios financieros por ser de interés público, requieren de permiso previo para poder ser adelantados (CP art. 335). Es más, la Constitución prohíbe que los particulares puedan consagrarse a ciertas industrias, como la fabricación de armas y explosivos, que es un monopolio estatal (CP art. 223)

Finalmente, el reparto de las competencias entre la ley y el reglamento en materia de intervención del Estado no es el mismo en todas las actividades económicas. Así, en general, para proteger la libertad económica, la dirección estatal se efectúa por el Gobierno con base en leyes de intervención que deben precisar sus fines, sus alcances y los límites de la libertad económica (CP art. 150 ord 21) pero, en otros casos, la intervención se efectúa con base en leyes marco, que son normas más generales, pues en ellas el Congreso fija únicamente los objetivos y criterios de la acción gubernamental (CP art. 150 ord 19)”

Un desarrollo más detallado de estas mismas tesis se encuentra en la sentencia C-624 de 1998. Allí, la Corte determinó los criterios relevantes para establecer los límites de la libertad de empresa, los cuales, a su juicio, son: la función social de la propiedad y la prevalencia del bien general sobre el particular. Para los efectos de esta intervención, nos centraremos exclusivamente en el tópico de la prevalencia del interés general sobre el interés particular. La razón para hacerlo de esta manera es que en este punto la Corte dijo que si bien la libertad económica está protegida por la Constitución, la cláusula de la prevalencia del interés general sobre el particular es la que introduce los postulados del Estado social de derecho. En este orden de ideas el Estado puede limitar las actividades comerciales que puedan afectar el goce de los derechos fundamentales de los asociados. La Corte lo planteó sin ambigüedades:

“(…) es innegable que la libertad del individuo en materia económica, si bien está protegida por la Constitución, también se encuentra limitada por la prevalencia del interés general (artículo 1 C.P.), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículo 333, 334 y 335 de la C.P) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha desarrollado.

Además, la Corte recuerda que es precisamente en el ámbito económico en donde, el interés general prima con claridad sobre el interés particular (C.P art. 1 y 58), puesto que sólo limitando, de manera razonable y proporcional,

las libertades económicas, puede el Estado contribuir a realizar un "orden político, económico y social justo" (preámbulo) y a hacer efectivos los llamados derechos humanos de segunda generación o derechos prestacionales de las personas (Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala en su artículo 4° que los Estados pueden limitar por ley este tipo de derechos con el fin de promover el bienestar general en una sociedad democrática, siempre y cuando tales restricciones sean compatibles con la naturaleza del derecho. Igualmente, la Convención Interamericana, incorporada al ordenamiento colombiano por la Ley 16 de 1972, en su artículo 21, reconoce la propiedad privada pero claramente determina que la ley puede subordinar su uso al interés social. Igualmente, el artículo 30 de ese instrumento internacional precisa que esas restricciones deben ser dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas."

En la misma sentencia se consideró que si bien el Estado es el director de la economía y tiene libertad para regular el campo de la iniciativa privada, también es cierto que los órganos de representación política deben tener en cuenta los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional, con el fin de que la libertad económica no termine subordinando los derechos fundamentales de las personas. Por tanto, en el fundamento 14 de esa sentencia C-624 de 1998, y con criterios que han sido reiterados por decisiones ulteriores, la Corte desarrolló un test que debe seguir el legislador y el ejecutivo a la hora de hacer regulaciones sobre la iniciativa privada. Si la norma supera el test quiere decir que esa es una regulación permitida, y por ende, no podrá ser declarada inexecutable por el juez constitucional. Así lo plasmó la Corte:

"Por consiguiente, el Congreso puede hacer extensivas legalmente diversas políticas en tales materias, siempre y cuando ellas tiendan de manera razonable a hacer operantes los principios rectores de la actividad económica y social del Estado y velar por los derechos constitucionales. En tal contexto, sólo en los casos en que tales restricciones o prohibiciones lesionen de manera evidente, manifiesta y directa derechos fundamentales, afecten el núcleo esencial de derechos constitucionales, violen claros mandatos de la norma fundante, o arbitrariamente carezcan de motivos adecuados y suficientes para limitar los derechos, imponiendo regulaciones manifiestamente irrazonables o

desproporcionadas, deberá el juez en su momento declarar la inconstitucionalidad de la norma. Por ende, para establecer la legitimidad de las restricciones del Legislador, la Corte debe evaluar (i) si la limitación, - o prohibición-, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida por el ordenamiento constitucional; (ii) si la restricción propuesta es potencialmente adecuada para cumplir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es, que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente, (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume.”

Esta tendencia doctrinal se confirmó tres años después en la sentencia C-616 de 2001. En ella la Corte revisó las posibilidades que tenía el Estado para regular las actividades de las Empresas Promotoras de Salud. La corporación empezó su estudio diciendo que la adopción de la Economía Social de Mercado le permite al Estado establecer normas que limiten o que impongan determinadas cargas a ciertas actividades económicas. Y además aclaró que son sujetos de especial regulación las actividades económicas que tengan que ver de manera directa o indirecta con el bienestar general.

“La reforma constitucional de 1991 adoptó el modelo propio de una economía social de mercado e introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos, entre las cuales el de la libertad económica tiene un valor superior dentro del ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, el artículo 333 de la Constitución Política establece que “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.” (...)

La libertad económica que, se encuentra reconocida y garantizada por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho. De esta manera, así como la libertad de empresa se orienta a permitir la posibilidad real del individuo de desarrollar actividades económicas que considera necesarias para la satisfacción de sus intereses, también, se autoriza al Estado para intervenir y crear las condiciones necesarias para que éstas se materialicen en armonía con los valores superiores previstos en la Carta.”

La Corte Constitucional, al analizar el caso de las entidades financieras, también precisó que el Estado tiene la potestad de regular e imponer límites a la libertad económica. Sin embargo, esta vez fue más lejos, pues en las sentencias anteriores no había contemplado la hipótesis de la restricción gracias a la figura de la función social y ecológica de la propiedad. En efecto, esta providencia de la Corte consideró que al referirse a la función social de la propiedad también debía incluirse la dimensión ecológica de la misma.

A juicio de la Corte para que un particular pueda lucrarse de forma apropiada debe tener en cuenta que la propiedad no es un derecho absoluto. Sobre él recaen una serie de cargas que son necesarias para que el dictado constitucional de la solidaridad sea real y efectivo. Una de esas cargas consiste en que el ejercicio del derecho de propiedad debe servir para mantener el medio ambiente sano y libre de elementos que puedan perjudicar la salud de los ciudadanos. Por ende, en caso de que haya una tensión entre la libertad de empresa y el bienestar general, que incluye la función ecológica de la propiedad, debe primar este último. Así, pues, se concluye que los límites que el Estado le imponga a esa actividad económica son lícitos. La sentencia C-870 de 2003 fue clara al decir:

“En relación con el derecho que tienen las personas a ejercer la libertad de empresa y a percibir las utilidades que le son inherentes, el Estado se erige como director de la economía con dos fines específicos: de una parte, debe regular, vigilar y controlar los procesos económicos en orden a fomentar y estimular la gestión empresarial, impidiendo al efecto que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitando o controlando cualquier abuso de la posición dominante; y de otra, promoviendo y exigiendo a la empresa el cumplimiento de su función social a través de su intervención en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados; igualmente, actuando como empresario directo, ya con capital totalmente estatal, ora en alguna de las modalidades de la asociación mixta. Función social que se debe concretar en el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, en la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y en la preservación de un ambiente sano.”

Por último, la sentencia C-392 de 2007 sistematizó de forma clara la jurisprudencia que en relación con la libertad económica ha producido la Corte. En efecto, además de reiterar todos los pronunciamientos anteriores, la misma corporación estableció los

presupuestos de forma y de fondo bajo los cuales se puede presentar una intervención del Estado en la economía. Al respecto la Corte dijo que:

“(...) la sentencia C-624 de 1998 estableció la Corte un conjunto de reglas que debe seguir el juez constitucional al evaluar las restricciones a la libertad económica:

“Por ende para establecer la legitimidad de las restricciones del Legislador, la Corte debe evaluar (i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume”¹¹.

Se trata entonces de un típico caso de aplicación del test débil de proporcionalidad para examinar la constitucionalidad de los límites impuestos por el legislador, pues si bien la libertad económica admite una amplia intervención por parte de los poderes públicos en su configuración para el cumplimiento de los fines de interés general que la Constitución menciona, esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En jurisprudencia posterior la Corte ha sistematizado los requisitos formales y materiales de la intervención del Estado en materia económica cuando limita la libertad de económica y ha señalado que tal intervención: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad¹².”

La anterior evolución jurisprudencial muestra entonces con claridad que, conforme a la Constitución, la libertad económica puede en general ser limitada, con base en principios de razonabilidad y proporcionalidad, con el fin de alcanzar objetivos de interés general, como es sin lugar a dudas la prevención de los daños a la salud

¹¹ En el mismo sentido la sentencia C-333 de 2000.

¹² Sentencia C-361 de 2002.

asociados al consumo de tabaco y a la exposición al humo de tabaco. Conviene sin embargo, y para mayor claridad, examinar con más detalle las posibles limitaciones que la jurisprudencia de la Corte ha admitido a la libertad económica en relación específicamente con el tabaco.

3. El caso concreto de la industria y el mercado del tabaco

En relación con la industria del tabaco la Corte ha reconocido que su actividad está sujeta a la regulación estatal. En otras palabras, las tabacaleras sólo pueden comercializar sus productos dentro del marco de acción que el Estado les determine. Por ende, la propaganda, los anuncios comerciales a través de vallas, carteles, etc, las campañas de consumo directo con impulsores o impulsadoras, entre otras, pueden y deben ser regladas por el Estado con el fin de armonizar la libertad económica con el bienestar general. De allí que a juicio de la Corte sea lícito poner límites muy estrictos a la publicidad de artículos que sean nocivos para la salud. La sentencia C-524 de 1995 trató el tema y concluyó al respecto lo siguiente:

“La libertad de empresa le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado, libertad que al tenor del Estatuto Supremo no es absoluta, ya que el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance cuando así lo exijan "el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". Además, no puede olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que cumplir, la que implica ciertas obligaciones, y que la libre competencia económica "supone responsabilidades".

Así las cosas, el Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc, pero en principio y a título de ejemplo no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello

atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada; pero sí puede, desde luego, proteger los intereses sociales de los trabajadores, las necesidades colectivas del mercado, el derecho de los consumidores y usuarios, etc”.

En la sentencia C-665 de 2007, que revisó la constitucionalidad de la ley aprobatoria del Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco (Ley 1109 de 2006), la Corte reiteró que la libertad económica puede ser limitada por el Estado, siempre y cuando no haga nugatorio el derecho. Al revisar las medidas que propone el convenio para evitar el consumo de tabaco, la Corte, encontró que todas se ajustaban a la Constitución, en la medida en que buscan proteger a las personas de los efectos nocivos del tabaco. Dijo la Corte:

“Se concluye entonces que la Corte Constitucional ha señalado como legítimas aquellas medidas limitativas de la libertad de empresa que se encuentran justificadas en la búsqueda de fines constitucionalmente válidos y en la protección de bien común.

De igual forma, la Constitución hace un especial énfasis en el papel interventor del Estado en la economía, a través de la ley, con el fin de que por intermedio de diferentes acciones, se procure una mejor calidad de vida (artículo 334). Dentro de esas acciones, cabe destacar el deber de regular el control de la calidad de bienes y servicios prestados a la comunidad, la racionalización de la economía y el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado, en particular, la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Si el mejoramiento de la calidad de vida es una de las principales metas del Estado colombiano, entonces el amparo y cuidado de las condiciones ecológicas son el pilar esencial sobre el cual deben recaer todas las acciones que para ese efecto se implementen

Así las cosas para la Corte es claro que si uno de los propósitos fundamentales del Estado se encuentra dirigido al mejoramiento de la calidad de vida de los conciudadanos, es lógica y necesaria su intervención en algunas de las actividades económicas, mediante la cual se protegen los derechos de la colectividad”.

Luego de hacer esta aseveración, la Corte afirma que dentro de la legislación colombiana existen¹³ diversas normas que limitan la actividad de las tabacaleras, pues uno de los deberes del Estado es velar por la calidad y la salubridad de los bienes que ingresan o se producen en Colombia. En este orden de ideas, es claro que según la jurisprudencia constitucional la libertad de empresa puede y debe tener límites en aras de conseguir los objetivos del Estado constitucional de derecho. La defensa del derecho a la salud, tanto de los fumadores como de los no fumadores, es un objetivo deseable dentro de un Estado que se predica asimismo respetuoso de la dignidad humana. La declaratoria de constitucionalidad de todo el convenio demuestra que las medidas contenidas en este instrumento internacional son, a juicio de la Corte, razonables y proporcionadas para proteger a las personas de los efectos perjudiciales del tabaco.

Conforme a lo anterior, no resulta válido invocar la libertad económica para oponerse a medidas drásticas para continuar con la implementación del Convenio Marco, pues siendo la producción, distribución y consumo del tabaco una actividad que pone gravemente en riesgo la salud de fumadores y de no fumadores, el Estado no sólo tiene la facultad sino también la obligación de regular en forma estricta ese mercado para amparar la salud. Y para ello, las autoridades pueden adoptar las medidas previstas en el Convenio Marco, como pueden ser las medidas tributarias y no tributarias destinadas a reducir el consumo de tabaco, o el establecimiento de prohibiciones destinadas a crear espacios libres de humo, en especial para proteger a los no fumadores, o la prohibición de la publicidad a los productos de tabaco, o la obligación de establecer advertencias a los usuarios acerca de la nocividad del

¹³ Decreto 3340 de 1982. Dispone que las propagandas emitidas por televisión, deberían decir que el cigarrillo es nocivo. /Ministerio de Comunicaciones, Salud y Presidencia de la República. Decreto 3446 de 1982 Ministerio de Comercio Exterior. Establece que en los bienes y servicios que sean nocivos para la salud "deberá indicarse claramente y en caracteres perfectamente legibles, bien sea en sus etiquetas, envases o empaques o en un nexo que incluya dentro de estos, su nocividad...". Acuerdo 3 de 1983. Concejo de Bogotá. Prohíbe fumar en cines, teatros, bibliotecas, museos, coliseos deportivos cerrados, vehículos de uso público, espacios cerrados de colegios y demás centros de enseñanza.... Decreto Ley 30 de 1986 "Estatuto Nacional de Estupefacientes", sólo podría expendirse cigarrillos y tabaco a personas mayores. Todo empaque de cigarrillo nacional o extranjero deberá llevar en el extremo inferior de la etiqueta, y ocupando una décima parte de ella, la leyenda "El cigarrillo es nocivo para la salud..." Acuerdo 004 de octubre 19 de 2005, de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, "por el cual se reglamenta la publicidad de cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico en televisión" Acuerdo 01 de 2006, por parte de la misma Comisión Nacional de Televisión, que reglamenta la emisión de publicidad de bebidas con contenido alcohólico, cigarrillos y tabaco en los canales de televisión abierta, cerrada y satelital, que modifica el anterior."

producto. Ese tipo de medidas no pueden ser consideradas vulneratorias de la libertad económica ya que, como se ha explicado anteriormente, dicha libertad puede ser limitada en forma estricta, cuando se trata de perseguir un objetivo constitucional de una obvia y clara importancia, como es la protección de la población frente a los riesgos sanitarios ocasionados por el consumo del tabaco y por la exposición al humo de cigarrillo.

4. El mercado de tabaco conforme a la constitución y al Convenio Marco: un mercado permitido pero “pasivo”, pues es simplemente tolerado y claramente desestimulado.

Ahora bien, uno de los argumentos de la demanda es que si el Estado admite la producción, distribución y consumo de un producto como una actividad legal, como sucede con la industria del tabaco y sus derivados, entonces el Estado puede regular la publicidad relativa a esos productos, pero no puede nunca prohibirla, por cuanto eso equivaldría a una violación de la libertad económica en ese campo, pues quien tiene la posibilidad de producir algo, tiene igualmente la posibilidad de publicitarlo para promocionar su consumo.

Consideramos sin embargo que ese argumento es equivocado, pues el contenido esencial de la libertad económica es que una persona pueda escoger y realizar determinadas actividades o fabricar determinados productos, pero no incluye obligatoriamente la idea de que la persona tiene derecho a promocionar dichas actividades o productos, en aquellos casos en que existan razones importantes para prohibir cualquier publicidad de los mismos. Y eso puede suceder en muchos casos pero especialmente en dos tipos de circunstancias. De un lado, en aquellos eventos en donde se trata de una actividad que elabora productos u ofrece servicios socialmente valiosos y que el Estado apoya, pero que tienen importantes riesgos sociales, por lo cual deben estar estrictamente controlados tanto la oferta, como la distribución y el consumo de esos bienes y servicios. En esos casos, no es nada inusual que la legitimidad y legalidad de la actividad se acompañe de una prohibición de cualquier forma de publicidad, como sucede en ciertos países en relación con determinados medicamentos, cuya producción es legal, pero no puede ser publicitada. En ciertos países, la prestación de ciertos servicios profesionales, como la abogacía, es legal, pero está prohibida la publicidad de la misma.

De otro lado, y más directamente ligado con este tema, existe otro caso en donde existe una actividad que el Estado y la sociedad no consideran valiosa, ni digna, pues

juzgan que puede generar riesgos o ser socialmente dañina, y por tanto, no sólo no amerita ningún estímulo, sino que además el Estado debe realizar campañas educativas para reducir su presencia en la sociedad. Sin embargo, es posible que el Estado decida no prohibir esa actividad, por distintas razones, como puede ser el respeto a la autonomía de las personas o los riesgos de que la prohibición absoluta de esa actividad o de ese producto genere un mercado ilícito que agrave la situación. En esos casos, que son muy comunes frente a vicios, como el consumo de alcohol, los juegos de azar, o frente a actividades como la prostitución, es entonces perfectamente legítimo que el Estado recurra a una forma que algunos autores han denominado “mercado pasivo”¹⁴, esto es, un mercado que el Estado y la sociedad simplemente toleran, pero que desestiman, por considerar que se trata de vicios o actividades no deseables; entonces el Estado no sólo limita las posibilidades de desarrollo a nivel espacial y temporal de esas actividades (por ejemplo señalando que sólo pueden realizar a ciertas horas y en determinados sitios de la ciudad) sino que prohíbe cualquier forma de publicidad de la misma y le impone altos impuestos, todo con el fin de desestimar el consumo de esos productos o la realización de esas actividades. Ese tipo de regulación estatal para mercados pasivos, tolerados pero desestimados por el Estado, han sido usados para regular actividades como la prostitución, el alcohol o el juego.

La prohibición de cualquier publicidad en esas actividades de “mercado pasivo”, siempre y cuando existan razones que justifiquen esa decisión, no viola entonces la libertad económica pues de todos modos las personas pueden realizar la actividad y cuando lo hacen saben que se trata de un mercado simplemente tolerado por el Estado pero desestimado, y asumen esas limitaciones.

Ahora bien, un examen del Convenio Marco sobre tabaco muestra que sus medidas se ajustan perfectamente a esa idea de “mercado pasivo”, con el fin de evitar los riesgos sanitarios del tabaco. Esas medidas implican restricciones o prohibiciones que le hacen difícil a la persona realizar un comportamiento riesgoso para sí mismo y que no afecta derechos de terceros, pero sin llegar a prohibírselo. Una prohibición absoluta de tales comportamientos en una persona adulta y competente es problemática en una sociedad pluralista pues implicaría la imposición de modelos de virtud. Ahora bien, las medidas previstas por el Convenio Marco se ajustan perfectamente a los requisitos de legitimidad de una medida paternalista en una sociedad democrática, pues buscan disuadir el consumo de cigarrillo (por ejemplo prohibiendo la propaganda) o hacen

¹⁴ Ver al respecto, Francis. Caballero, (1989) *Le droit de la drogue*. Paris: Dalloz

más difícil el acceso al tabaco (por ejemplo imponiendo impuestos altos a tales productos o prohibiendo la venta de cigarrillos a menores o al detal) pero no llegan a prohibir totalmente el consumo de cigarrillo por parte de adultos competentes.

Esos criterios generales son suficientes para concluir que las medidas previstas por el Convenio Marco se ajustan perfectamente a la Constitución y por ello tuvo toda la razón la Corte al declarar su constitucionalidad en la sentencia C-665 de 2007, por lo cual es natural que debamos considerar ajustadas a la Carta todas aquellas medidas que sean un desarrollo o forma de implementación de dicho Convenio Marco.

El análisis precedente tiene una consecuencia jurídica natural: si una ley o una medida administrativa es un desarrollo del Convenio Marco, entonces esa medida está amparada por una clara y vigorosa presunción de constitucionalidad; corresponde entonces a quien quiera oponerse jurídicamente a tal medida demostrar con total claridad su inconstitucionalidad pues debe derrotar esa fuerte presunción.

Ahora bien, el artículo 13 del Convenio Marco establece que los Estados deben buscar *“una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco”*, obviamente respetando sus principios constitucionales, y sólo no realizarán tal prohibición si sus principios constitucionales se lo impiden, lo cual no sucede en Colombia, por las razones largamente explicadas en esta intervención. Y ese artículo 13 fue declarado exequible sin condicionamientos por la Corte Constitucional en la sentencia C-665 de 2007.

En aquella oportunidad la Corte, luego de recordar que era tradición del ordenamiento colombiano imponer restricciones a la publicidad del tabaco, señaló que dichas medidas de prohibición total o parcial de la publicidad *“pueden considerarse como constitucionalmente validas y legítimas, teniendo en cuenta, además, que éste reconoce y respeta las decisiones soberanas de los Estados en cuanto al tema de la restricción total o parcial de la publicidad del tabaco.”* Es obvio entonces que la Corte encontró constitucional en esa oportunidad la posibilidad de la prohibición total de la publicidad del tabaco. De lo contrario, lo hubiera señalado en esa sentencia y hubiera debido declarar inexecutable parcialmente dicho artículo o condicionar su alcance. Como no lo hizo, es obvio entender que la jurisprudencia constitucional entiende que es legítimo que la ley proceda a prohibir toda publicidad del tabaco.

5. Examen específico de la constitucionalidad de las restricciones a la publicidad impuestas por las normas acusadas.

El examen anterior ya es suficiente para concluir que las disposiciones acusadas son constitucionales. Con todo, y para fortalecer esa conclusión, procedemos a examinar específicamente cada una de esas disposiciones, con el fin de mostrar que se trata de restricciones fuertes pero proporcionadas a la libertad económica, dada la seriedad y gravedad de los riesgos sanitarios ocasionados por el consumo del tabaco y por la exposición al humo de cigarrillo. Para ello empezaremos por resumir el contenido de esas normas para luego estudiar la proporcionalidad de la restricción a la libertad económica en estos casos.

Esas normas establecen que ninguna persona natural o jurídica podrá promocionar el tabaco o sus derivados por distintos medios, como la radio o la televisión u otras formas de divulgación masiva; tampoco podrán fijar vallas, pancartas, murales, afiches, carteles o similares móviles o fijos relacionados con la promoción del tabaco y sus derivados. La promoción del tabaco y su derivados también es prohibida, al igual que el patrocinio, en eventos deportivos y culturales por parte de las empresas productoras, importadoras o comercializadoras de productos de tabaco a nombre de sus corporaciones, fundaciones o cualquiera de sus marcas, cuando este patrocinio implique la promoción, directa o indirecta del consumo de productos de tabaco y sus derivados.

Estas normas prohíben la publicidad del tabaco en diversas formas, pero no prohíben el mercado del tabaco ni la labor de producción y distribución de las tabacaleras. Esa restricción de la publicidad cumple un propósito constitucional claro y esencial, que es proteger la salud pública, evitando el aumento del consumo de tabaco y buscando incluso la reducción del mismo, gracias a esa prohibición de la publicidad. En esa medida, esas normas establecen un “mercado pasivo”, esto es, un mercado que el Estado tolera pero desestimula, y por ello prohíbe la publicidad o desestimula el consumo con altos impuestos. La medida persigue entonces un fin constitucionalmente legítimo.

En relación con el ejercicio de ponderación, el análisis debe tener en cuenta que estamos frente a una limitación a la libertad económica que no implica criterios sospechosos o prohibidos de restricción, por lo cual, el control constitucional no puede ser intenso. En esos casos, como la Corte lo ha señalado, basta con que la restricción sea un mecanismo razonable para lograr una finalidad constitucional legítima y no invada el contenido esencial de ningún derecho constitucional, tal y

como esta Corte lo ha señalado en numerosas ocasiones¹⁵. Así, ha dicho al respecto la Corte:

“El juez constitucional debe actuar de manera prudente al analizar la legitimidad constitucional de una determinada regulación de las libertades económicas, por cuanto la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado. El juez constitucional deberá entonces respetar en general las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política. La Corte considera que en esta materia se impone el llamado criterio de la inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma. Es decir, si la ley que regula la actividad de sociedades de contenido patrimonial no vulnera claramente la carta fundamental o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas generales que autorizan la intervención estatal en la economía.” (Sentencia C-265 de 1994)

Ahora bien, la prohibición total de la publicidad del tabaco es un medio apropiado para lograr el propósito de proteger la salud de los riesgos asociados al tabaquismo, protegiendo especialmente a la población joven y a la población menor de edad. En efecto, existen estudios que han mostrado que el objetivo fundamental de la publicidad del tabaco son los jóvenes y menores de edad¹⁶, puesto que allí están los mercados potenciales más dinámicos, ya que la evidencia muestra que son pocas las personas que empiezan a fumar siendo adultas; la mayoría adquieren la costumbre siendo jóvenes o incluso niños¹⁷, y por ello la publicidad tiende a centrarse en ellos. Además, varios estudios han mostrado que esa publicidad es eficaz para inducir a las personas, en especial a los menores, a fumar. Por ejemplo, un estudio de Hanson y Kysar mostró recientemente que la industria tabacalera ha usado la publicidad para manipular el mercado de forma tal que logra mantener y reemplazar los consumidores, de suerte que muchos consumidores no hubieran usado tabaco, si no

¹⁵ Ver al respecto, entre otras, las sentencias C-093 de 2001, C-1191 de 2001 y C-862 de 2008

¹⁶ Brazil, Eric. (1998, Nov. 15). \$206 Billion Tobacco Deal. San Francisco Examiner, p A1.

¹⁷ Según un estudio, 80% de los fumadores comenzaron a hacerlo antes de los 20 años y 50% ya lo hacían a los trece. Ver Green, Mark. (1990, Spring). Luring Kids to Light Up. Business and Society Review, Vol.73.

fuera por el exitoso y permanente esfuerzo de los productores para, por medio de la publicidad, darles información errada sobre los riesgos y beneficios del tabaco¹⁸.

La medida no es desproporcionada sobre la libertad económica, puesto que el mercado no queda prohibido. Tampoco queda prohibida la información que puedan (y deban) suministrar los productores directamente en las cajetillas, sobre las características de su producto, con lo cual la información llega al usuario interesado. Simplemente se evita publicidad que atraiga otros eventuales consumidores. Por consiguiente, la medida, aunque restringe la libertad económica, es constitucional pues es un medio razonable y probado para alcanzar un propósito de evidente importancia constitucional, como es la protección de la salud.

Finalmente, aunque la demanda no toca el punto, conviene mostrar que esta prohibición de la publicidad no violenta tampoco la autonomía de los consumidores, actuales o potenciales, por lo cual, no desconoce el libre desarrollo de la personalidad. En efecto, conforme a la Constitución, las personas gozan de autonomía y tienen derecho a escoger sus propios modelos de virtud, por lo cual en principio el Estado no puede impedirles el acceso a comportamientos riesgosos para sí mismos. Sin embargo, la Corte ha admitido “*medidas de protección de los intereses de la propia persona*”, y que corresponden a lo que usualmente se conoce en filosofía política y moral como medidas “paternalistas”¹⁹. En efecto, la Corte ha distinguido entre las llamadas medidas perfeccionistas, que se encuentran prohibidas, por cuanto implican la imposición de modelos de virtud a las personas, y las medidas paternalistas o de protección de los intereses de la propia persona, que son admisibles, puesto que en ellas el Estado no impone un determinado modelo de excelencia personal sino que establece restricciones e incluso sanciones pero orientadas a amparar los intereses del individuo, según su propia visión del mundo. Ese punto fue ampliamente estudiado por la sentencia C-309 de 1997, en donde la Corte avaló la constitucionalidad de la obligación de que los conductores llevaran cinturón de seguridad. Dijo entonces la Corte:

¹⁸ Hanson, Jon D. y Kysar, Douglas A. (1999). Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation. 112 *Harv. L. Rev.* 1420

¹⁹ Ve al respecto, entre otros, Gerald Dworkin (1990) “El paternalismo” en Jerónimo Betegón, Juan Ramón de Páramo (Ed) *Derecho y moral*. Barcelona: Ariel. Ver también Carlos Santiago Nino (1989) *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. (2 Ed) Buenos Aires: Astrea, capítulo X. Igualmente ver Ernesto Garzón Valdés (1993) “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” en *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. pp 361 y ss.

“La Carta no es neutra entonces frente a valores como la vida y la salud sino que es un ordenamiento que claramente favorece estos bienes. El Estado tiene entonces un interés autónomo en que estos valores se realicen en la vida social, por lo cual las autoridades no pueden ser indiferentes frente a una decisión en la cual una persona pone en riesgo su vida o su salud. Por ello el Estado puede actuar en este campo, por medio de medidas de protección, a veces incluso en contra de la propia voluntad ocasional de las personas, con el fin de impedir que una persona se ocasione un grave daño a sí mismo. Las medidas de protección no son entonces incompatibles con la Carta. Sin embargo, ello no significa que cualquier medida de esta naturaleza sea admisible, puesto que, en ocasiones, el Estado o la sociedad, con el argumento de proteger a la persona de sí misma, terminan por desconocer su autonomía. Por ello la Corte, al reconocer la posibilidad de estas medidas, había sido muy cuidadosa en señalar que éstas perdían toda legitimidad constitucional cuando se convertían en políticas "perfeccionistas", esto es, "en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico"

En esa ocasión, la Corte insistió entonces en que, dentro de límites precisos, un Estado pluralista y respetuoso de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, podía imponer esas medidas de protección de los intereses de la propia persona, incluso contra su voluntad aparente, en especial cuando se encuentre en juego la vida y la salud de la persona concernida, lo cual explicó la sentencia en los siguientes términos:

“(E)stas medidas pueden justificarse en casos de negligencia, de incoherencia o de lo que la filosofía ética denomina “debilidad de voluntad” de la persona. Se trata de aquellos eventos en donde la persona acepta que un determinado bien es valioso para ella y no desea afectarlo, pero se niega a evitar un comportamiento que lesiona ese interés, o no tiene la voluntad actual suficiente para realizar una conducta que es necesaria para proteger el bien. En estos casos, la intervención coactiva del Estado, frente a esa momentánea “debilidad de voluntad”, se justifica a fin de impedir que la persona, por una incompetencia temporal, afecte intereses personales que ella misma juzga más importantes que los móviles actuales de su comportamiento. Esto explica además que las medidas de protección encuentren mayores posibilidades de justificación en relación con intereses o bienes, como la vida o la integridad física, frente a los cuales es lógico considerar que la casi totalidad de las personas los aceptan como elementos valiosos de su propio proyecto de realización personal, por lo cual resulta

razonable suponer que presenta una debilidad de voluntad o una incompetencia puntual la persona que, a pesar de tener la información relevante, se comporta de una manera que afecta gravemente esos intereses propios”.

Obviamente la Corte precisó que dichas medidas, para no vulnerar la autonomía, deben ser proporcionadas y razonables, y por ello sistematizó ciertos requisitos que deben reunir dichas medidas de protección para ajustarse a la Constitución. En particular, la Corte precisó que esas medidas paternalistas deben buscar proteger derechos muy valiosos, como la vida o la salud, ser eficaces para tal propósito, no imponer cargas desmesuradas en relación con el beneficio obtenido, y no pueden llegar a imponer un modelo de virtud. En ese sentido, la Corte distinguió el caso de esas legítimas medidas protectoras de la propia persona, que le hacen difícil realizar un comportamiento riesgoso para sí mismo pero sin llegar a prohibírselo, de aquellas otras, que se convierten en dispositivos perfeccionistas inadmisibles en una sociedad pluralista, en donde el Estado prohíbe de manera absoluta ese comportamiento, a pesar de que el mismo no afecta derechos de terceros.

Como quedó claro en los párrafos anteriores, tanto la Constitución como la jurisprudencia consideran que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto. En efecto, el libre desarrollo de la personalidad puede ser limitado al menos por dos razones claras: de un lado, si este afecta la vida y a la salud de los demás ciudadanos, pues sería un claro caso en donde la autonomía se encuentra limitada por los derechos de los otros; Y es que si una actividad individual afecta los derechos mencionados, es factible, e incluso perentoria la intervención del Estado para que cese la vulneración de los derechos fundamentales de los asociados. De otro lado, incluso en comportamientos que no afecten derechos de terceros, también puede el Estado imponer restricciones si se trata de una medida paternalista o, en los términos de la Corte, de una “medida de protección de los intereses de la propia persona”, siempre y cuando ésta respete los elementos de proporcionalidad que señalamos en el punto anterior de este escrito.

Ahora bien, las medidas que prohíben la publicidad del tabaco se inscriben claramente en la hipótesis de las medidas legítimas paternalistas o protectoras de los intereses de la propia persona, puesto que, sin llegar al extremo de penalizar totalmente el consumo de tabaco (lo cual vulneraría el libre desarrollo de la personalidad y la visión pluralista de la Constitución) pretenden desestimular el consumo de cigarrillo, lo cual es legítimo en un Estado democrático, que se preocupa de la salud de sus habitantes pero sin llegar a imponerles modelos de moralidad individual.

5. Conclusiones y petitum

Por todo lo anterior, consideramos que las disposiciones acusadas, lejos de vulnerar la Carta, representan restricciones razonables a la libertad económica, con el fin de que el Estado colombiano pueda cumplir sus deberes constitucionales de amparar a la población colombiana por los riesgos derivados del tabaco. Por ello creemos que la Corte debe rechazar las acusaciones de la demanda y declarar constitucionales las disposiciones impugnadas.

De la señora Magistrada y de los señores magistrados, respetuosamente,

Rodrigo Uprimny
CC No 79.146.539 de Usaquén

Diana Guzmán
CC No 52886418 de Bogotá