

Sentencia C-639/10

Referencia: expediente D- 7968

Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 3° de la Ley 1335 de 2009 *“Disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”*.

Demandante: Adriana Patricia Ocampo Uribe.

Magistrado Ponente:
Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA
PORTO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diez (2010).

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, la ciudadana Adriana Patricia Ocampo Uribe, interpuso acción pública de inconstitucionalidad en contra del parágrafo del artículo 3° de la Ley 1335 de 2009 *“Disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”*.

NORMA DEMANDADA

A continuación se transcriben las normas demandadas y se subrayan los apartes acusados:

LEY 1335 DE 2009

(julio 21)

Diario Oficial No. 47.417 de 21 de julio de 2009

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

CAPITULO I.

DISPOSICIONES SOBRE LA VENTA DE PRODUCTOS DE
TABACO A MENORES DE EDAD.

(...)

ARTÍCULO 3o. Con el objetivo de salvaguardar la salud pública y evitar el acceso de menores de edad al tabaco y sus derivados, prohíbese la fabricación e importación de cigarrillos en cajetillas o presentaciones que contengan menos de diez (10) unidades.

PARÁGRAFO. A partir de los dos (2) años siguientes a la vigencia de la presente ley se prohíbe la venta por unidad de productos de tabaco o sus derivados.

III. LA DEMANDA

El párrafo acusado dispone la prohibición de venta de cigarrillos por unidad después de dos (2) años contados a partir de la entrada en vigencia de la ley 1335 de 2009. Teniendo en cuenta la gran extensión de los argumentos presentados por la demandante para sustentar la inconstitucionalidad del anterior contenido normativo, por razones

metodológicas y de claridad, primero se hará referencia a los dos cargos que se identifican en el escrito de la demanda, y luego se presentarán sistemáticamente las razones que sustentan los mencionados cargos.

Así, la actora considera en términos generales que la prohibición contenida en la norma acusada no es adecuada para lograr el fin propuesto en la misma ley 1335 de 2009, cual es la prevención y disminución del consumo de tabaco, especialmente en menores de edad. Dicha inadecuación genera la vulneración de la Constitución por dos razones principales, que dan lugar a su vez a la configuración de dos cargos de inconstitucionalidad. El primer cargo consiste en que la prohibición acusada (venta de cigarrillos por unidad) vulnera el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.N), por cuanto la medida afecta a personas no sólo menores sino adultas también en una actividad derivada de una decisión libre y autónoma; y, el segundo cargo describe la transgresión del principio de solidaridad (art. 13 C.N), en la medida en que afecta económicamente a una población vulnerable, cual es la conformada por los vendedores ambulantes.

Sobre el cargo relativo a la violación del derecho de libre desarrollo de la personalidad, explica la demandante que la decisión de consumir tabaco es autónoma, y en esa medida resulta a todas luces errado pensar que se incide en dicha decisión al prohibir la compra de cigarrillos por unidades. Y en el caso de los menores de edad –continúa- la opción del consumo de tabaco pasa por el deber primario de la familia del menor, de manejar la situación mediante la educación y el buen ejemplo. Por lo que resulta entonces desproporcionado, tanto descargar a los responsables del cuidado de los menores (padres, tutores, entre otros) del deber de prevenir el consumo de tabaco por parte de éstos, como también la medida que prohíbe no sólo a ellos sino a los adultos también comprar cigarrillos por unidades.

En el primer caso -según su parecer- el legislador ha debido incluir obligaciones claras en relación con quienes tienen el deber de cuidado y educación de los menores. Esto, hasta el punto en que podría por ello presentarse una omisión legislativa. Y en el segundo caso, se vulnera el artículo 16 Superior en la medida en que *“la decisión de fumar es personal y una manifestación de la personalidad, producto del ritmo o estilo de vida y al restringir el acceso a estos productos se estaría vulnerando la*

decisión personal de los mayores de edad". Por demás, no solo se vulnera la libre decisión de consumir, sino que además se genera el efecto contrario al que se busca, pues las personas al no poder comprar unidades de cigarrillo, tendrán que acceder al paquete de 20 unidades, lo que incrementa el consumo. Y esta consecuencia es independiente de si se trata de un mayor o un menor de edad.

Agrega que la inadecuación de la medida al fin buscado, tiene por causa también la ausencia de participación en la elaboración de la ley en general y en la consagración de las medidas adoptadas como la que ahora se acusa, tanto de los fumadores, menores de edad y padres de familia, como de los vendedores ambulantes. Con lo cual, también resulta incumplido el mandato constitucional del artículo 2º de la Carta, que obliga al Estado a facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

De igual manera, presenta razones relativas a que bajo ninguna circunstancia la medida atacada consigue realmente logro alguno en relación con la prevención del consumo de tabaco; luego, tampoco contribuye a la implementación satisfactoria de políticas de medio ambiente sano y condiciones de salubridad favorables a propósito de las enfermedades cardio-respiratorias o el cáncer, y cualquier otra dolencia derivada del tabaquismo.

Como segundo cargo alega la demandante, que la medida acusada vulnera el principio de solidaridad del artículo 13 de la Constitución, y en consecuencia los principios de dignidad (arts. 1º y 2º C.N) y el derecho al trabajo, así como el ejercicio liberal del mismo (arts. 25 y 26 C.N), en la medida en que afecta económicamente de manera importante a los vendedores ambulantes, que son quienes ejercen la venta de cigarrillos por unidades. Al tenor de esto, concluye también que la medida es en alto grado desproporcionada, pues de un lado no sólo no atiende al fin de prevenir el consumo, sino que además sugiere el sacrificio de derechos constitucionales prevalentes como el mínimo vital de las personas que venden cigarrillos por unidades.

Afirma que, *“la prohibición de la venta de cigarrillos al menudeo va en detrimento de la calidad de vida de las personas con menos recursos económicos pues ven en este producto una manera de ‘subsistir’ optando por la informalidad para llevar sustento para su familia y medianamente*

cubrir sus necesidades básicas”. Además, la perspectiva del legislador al establecer la prohibición en mención, implicaría que la incorrección en la conducta del consumo de tabaco radica en quien vende y no en quien consume.

Añade, que “con esta medida se estaría discriminando y limitando una de las fuentes de recursos que tiene uno de los grupos económicamente más vulnerables, como lo es la población de escasos recursos que por su condición social, cultural y económica recurren a la venta informal de productos entre ellos el cigarrillo por unidad, y con medidas como ésta el Estado dejaría de proteger a estas personas y entraría a perseguirlas por su actividad”.

Con base en las razones expuestas la demandante solicita a la Corte la declaratoria de inexecutable del parágrafo del artículo 3º de la Ley 1335 de 2009.

IV. INTERVENCIONES

1.- Ministerio de la Protección Social

El Ministerio de Protección Social, envía escrito de intervención en el que solicita la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada. Explica el mencionado escrito, que la norma busca un fin constitucional cual es la protección del derecho a la salud de los menores de edad. De otro lado, afirma que la norma acusada forma parte de las medidas adoptadas en Colombia para la realización del mandato constitucional contenido en el artículo 79 Superior, según el cual los ciudadanos tienen el derecho de gozar de un medio ambiente sano.

Agrega, la consideración según la cual tanto la disposición acusada, como la ley que la contiene (Ley 1335 de 2009), son herramientas para la implementación de políticas públicas para controlar y prevenir el tabaquismo. *“Para la patología que constituye el tabaquismo, antes de la sanción de la Ley 1335 no se contaba con servicios y estrategias de promoción y prevención, así como tampoco se contaba con atención integral para la misma.”*

Luego de lo anterior, el Ministerio incluye en la intervención, una relación de los resultados de distintos estudios e investigaciones, dirigidos a diagnosticar el grado de consumo de tabaco en los menores de edad. El cual, por supuesto, sirvió como insumo para los preparativos de la expedición de la Ley 1335 de 2009. Relata que *“en conjunto con el Ministerio del Interior y de Justicia y la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE) llevaron a cabo el Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Colombia en el año 2008 el cual encontró una prevalencia poblacional de consumo de tabaco del 17% (...). La prevalencia para el grupo etéreo de 12 a 17 años es de 5,93% (...). El mencionado estudio evaluó la edad de inicio en el consumo de tabaco, el promedio de edad es aproximadamente de 17 años de edad, y el 25 % {del anterior grupo} inició en consumo a los 14 años o antes.”*

También, se hizo referencia a un estudio titulado *“Percepción frente al consumo del cigarrillo” “y encontró que en las ciudades encuestadas (...) el 92,7% estaba totalmente de acuerdo con que el humo del cigarrillo puede ser peligroso para la salud de las personas no fumadoras y el 90% estaban totalmente de acuerdo en los espacios totalmente libres de humo”.*

De lo anterior concluye que la norma acusada, antes que vulnerar los derechos consagrados en la Constitución, es una forma legítima y desde cierta perspectiva obligatoria, de garantizar tantos los derechos a la salud no sólo de los menores de edad sino de toda la población, como los de medio ambiente sano y de garantía de condiciones de salubridad.

2.- FENALCO

La Federación Nacional de Comerciantes, allega al proceso escrito de intervención en el que solicita a esta Corte la declaratoria de inexecutable de la prohibición de venta de cigarrillos por unidades, contenida en el párrafo demandado. En primer término, se advierte que la Federación apoya sin restricciones las políticas de protección a la salud, tales como la que pretende enmarcar la ley a la que pertenece la disposición acusada, además de reconocer el hecho de que el tabaquismo produce alrededor de 68 muertes diarias, sólo en Colombia¹.

¹ {Cita del interviniente} <http://www.radiosantafe.com/2009/05/31/dia-mundial-contra-el-tabaquismo-fumando-esperola-muerte/>

Sin embargo –continúa- no todas las medidas posibles para enfrentar al fenómeno del tabaquismo resultan acordes a nuestro orden constitucional, *“desafortunadamente, el presente caso es uno de aquellos en los que se persigue la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, cual es el de la protección de la vida y de la salubridad pública de los colombianos, pero a través de medios que no solo no se ajustan a la Constitución Política, sino que, además, están llamados a producir el efecto contrario al deseado, estos es, incentivar el consumo masivo de cigarrillos en Colombia”*. Por ello, se presenta un uso inadecuado del amplio margen de configuración regulatoria por parte del legislador. Justamente, porque dicho margen tiene límites claramente definidos en el respecto por los derechos constitucionales.

“En efecto, en el presente caso el legislador está pretendiendo – por lo menos en un plano eminentemente teórico- proteger la vida de los ciudadanos y el derecho de salubridad pública (fin), por la vía de limitar y restringir los derechos fundamentales constitucionales al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo y a la libertad de empresa (los medios)”. Y, en su parecer, es bastante clara la desconexión existente entre aquello que se busca y los medios para encontrarlo, pues *“prohibir la venta de cigarrillos por unidad es una medida que ni en lo más absurdo de los casos tiende a reducir la venta y el consumo de cigarrillos en la población.”*

Agrega que lo anterior se demuestra en la aplicación del test de proporcionalidad, implementado por la Corte Constitucional en múltiples ocasiones, a partir del cual se concluye que respecto del fin perseguido por el legislador, no es idónea la medida, en tanto parte de una premisa dudosa y difícilmente creíble, cual es la presunción del desistimiento del comprador de cigarrillos ante la imposibilidad de adquirirlos por unidad. De igual manera, existen otras medidas que no inciden de manera tan determinante en derechos constitucionales de terceros, y a las cuales hace referencia la misma ley 1335 de 2009. Así los derechos al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo y a la libre empresa quedan suficientemente salvaguardados con medidas como *“(i) los programas de educación preventiva; (ii) las campañas de prevención; y (iii) las exigencias respecto del empaquetado y etiquetado, por poner tan sólo algunos ejemplos.”* Por lo cual, entonces, se sacrifican injustificadamente los derechos mencionados.

Ahora bien, existen suficientes razones para sostener la falta de solidez de la idea según la cual la prohibición de venta de cigarrillos por unidad genera desestimulo en el consumo de tabaco, o lo frena de alguna manera. Esta idea, que es el soporte de la innegable ineficacia de la medida, deja de considerar aspectos tales como el comportamiento del mercado y del consumidor de ciertos productos. Con base en algún punto de la teoría económica del mercado, el interviniente explica que la tendencia estadística ha enseñado que el consumidor elige siempre el producto que mejor se adecue a sus gustos y preferencias, y en ese orden la diferencia económica entre la adquisición de una unidad de cigarrillo y una cajetilla, resulta inocua a la hora de satisfacer el deseo de fumar. Por lo cual, se presenta el fenómeno denominado “curva de indiferencia”, que describe la situación bajo la idea de que la demanda del producto es indiferente a las formas de ofrecerlo en el comercio.

En este mismo sentido añade una explicación relativa al comportamiento del fumador como comprador, consistente en que se *“crea una falsa ilusión de que adquirir un cigarrillo representa un sacrificio patrimonial mucho más elevado, cuando lo cierto es que comprar una cajetilla entera de veinte (20) cigarrillos resulta más barato que comprar veinte (20) unidades sueltas.”* De ahí, que considerar el desestimulo para comprar cigarrillos, una consecuencia de no poderlo hacer por unidades es errado, justamente, porque en realidad es más barato por cajetilla. *“En otras palabras, si una persona que pretende fumar un solo cigarrillo se ve obligado a adquirir una cajetilla de veinte (20) unidades, por ese sólo hecho: (i) la persona no va a renunciar a su pretensión de fumarse ese cigarrillo; (ii) la compra de la cajetilla no le va a representar un sacrificio patrimonial superior al de la compra de cigarrillos por unidad; y (iii) una vez comprada la cajetilla entera, esa persona ciertamente no se va a fumar un solo cigarrillo y a desechar los otros diecinueve (19).”* Por ello, queda más que confirmada la ineficacia de la medida.

También, presenta como argumento de inexequibilidad el hecho de que la prohibición resulta muy difícil de hacer cumplir por parte de las autoridades. Asevera que fácticamente, el estado no puede contar con los agentes y los controles necesarios para garantizar que los vendedores y los compradores, no transen la compra y venta de cigarrillos por unidades. Más, cuando muy seguramente la demanda de esta modalidad de compra

no va a descender significativamente. *“Por lo tanto, el parágrafo del artículo 3º de la Ley 1335 de 2009 está llamado a generar efectos meramente ilusorios, toda vez que se trata de una norma cuyo cumplimiento quedará en una especie de limbo, debido a la imposibilidad del estado de velar por la efectividad de la misma”.*

Por último, el Interviniente anexa una *“encuesta contratada por Coltabaco y elaborada por la empresa Ipsos-Napoleón Franco sobre `Hábitos de consumo de tabaco` con ocasión de la expedición de la Ley 1335, en la que se muestra los hábitos de compra de los colombianos en los años 2008 y 2009, si adquieren los cigarrillos por unidad, por paquete o por cartón.”*² El resultado que ésta arroja, expresa que de los compradores de cigarrillos mayores de edad, entre el 29% y el 31% los adquieren por unidad, el 43% por paquete, el 9% oscila entre ambas modalidades de compra con tendencia a adquirirlos por unidad, entre el 15% y el 18% oscila también entre ambas modalidades de compra pero con tendencia a adquirirlos por paquete, y el 1% compra el cartón de varios paquetes.

Con base en los anteriores argumentos, como se dijo, se solita la inexequibilidad de la norma acusada.

3.- FECODE

La Federación Nacional de Educadores, considera inconstitucional la parte de la norma que establece que la prohibición sólo entra en vigencia dos (2) años después de la expedición de la ley. Propone entonces a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad condicionada de la disposición, en el sentido de determinar que la prohibición se hace efectiva desde el mismo momento de expedición de la Ley 1335 de 2009.

En primera instancia explica que la ley tiene el mismo fin del “Convenio Marco de la OMS (Organización Mundial de la Salud) para el control del tabaco” el cual *“tiene como norte prioritario la protección de la salud pública y por ello también su propósito consiste en evitar las consecuencias funestas de orden sanitario social, económicos y ambiental por el consumo de tabaco y la exposición al humo de las personas residentes en el territorio nacional.”* Igualmente advierte que el alcance

² FENALCO aclara que ha contado con la autorización respectiva de Coltabaco para remitir los documentos de la encuesta a la Corte Constitucional.

real de la norma consiste en la prohibición de venta de cigarrillos por unidad, después de dos (2) años de la entrada en vigencia de la ley, a personas mayores de edad. Pues, existe una prohibición general de venta de tabaco a menores de 18 años en el artículo 2º de la misma Ley 1335 de 2009; por lo cual no se puede concluir que dentro de los dos años posteriores a la entrada en vigencia de la ley en mención se permite la venta de cigarrillos por unidad a menores, sino, como se ha dicho, sólo a mayores de edad.

De este modo, se debe interpretar que la norma acusada tiene por fin la disminución en el consumo de tabaco en general y no únicamente en menores de edad. Además, *“la norma en este sentido tiene como prioridad el evitar el menudeo en la comercialización del tabaco y el cigarrillo y sus derivados y con ello se constituye en una medida para reducir la oferta y demanda del tabaco y, en consecuencia, a disminuir y/o eliminar los altos niveles de dependencia de los productos del tabaco que sufre un buen número de la población fumadora; o lo que es lo mismo, la norma se coloca frente a la realidad económica según la cual los compradores de cigarrillo disminuirían en razón de que no todos ellos tendrían la capacidad económica de sufragar el precio de la cajetilla con más de diez unidades de cigarrillo; en cambio sí, un buen número de fumadores y/o de menores adictos al vicio de fumar podrían adquirir sin sacrificio alguno una sola unidad del producto y con ello incrementarían o intensificarían su problema de salud y contribuirían en forma abismal a contaminar el medio ambiente natural y social.”*

Ahora bien, con base en la anterior idea de lo que pretende la medida acusada, entonces para el interviniente carece de justificación constitucional, el hecho de que la medida en mención no comience a regir a la par con la expedición de la ley. Esto significaría que el legislador en el lapso de dos años durante los que no empieza a regir la prohibición, tolera el riesgo que pretende evitar, lo cual resulta contradictorio. En el sentido explicado, lo inconstitucional es el hecho de que la prohibición no comience a regir de manera inmediata.

Explica también, que el contenido de la medida es razonable en relación con el fin buscado por la misma, ya que limitar las mercancías comercializables a los vendedores ambulantes no resulta desproporcionado

en atención a la cantidad y variedad de mercancías con las que ellos pueden comerciar.

Finalmente propone que se integre la unidad normativa con todos los artículos que establecen medidas cuya vigencia es posterior a la entrada en vigencia de la ley, con fin declarar su exequibilidad bajo el entendido que las medidas en cuestión son efectivas desde el momento de expedición de la Ley 1335 de 2009.

4.- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante escrito de intervención solicita a la Corte que declare la exequibilidad del parágrafo demandado. Explica que el punto de partida para el análisis del juez constitucional debe ser la prevalencia del interés de los menores en el diseño de políticas públicas, lo que *“permite hacer una ponderación de las consecuencias que para cada caso particular implique privilegiar el ejercicio de los mismos; con primacía no excluyente de los derechos de terceros”*

De otro lado advierte que el artículo 20 del Código de Infancia y Adolescencia establece la protección especial de los menores respecto del consumo de sustancias psicoactivas, dentro de las cuales incluye el tabaco. De ahí, que la ley acusada encuentre concordancias con políticas que el gobierno ya venía desarrollando en este campo.

Por último, agrega que el argumento de la actora según el cual *“las muertes y enfermedades respiratorias ocasionadas por el consumo de tabaco y sus derivados no se impiden o reducen al {prohibir la venta de cigarrillos por unidad}, por lo cual sería inútil dejar de vender uno”*, no resulta aceptable porque es completamente contrario a los resultados de la gran mayoría de estudios científicos. Como tampoco lo es, una interpretación como la consignada en la demanda, tendiente a entender el derecho al libre desarrollo de la personalidad con carácter absoluto; cuando justamente la incumbencia jurídica del tema, viene dada por el reconocimiento de que el consumo de tabaco afecta la salud de terceras personas, no solo a la familia y allegados del fumador sino también en general la categoría denominada “fumadores pasivos”.

5.- Universidad del Rosario

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, mediante escrito de intervención solicita a esta Corporación, la declaratoria de exequibilidad del párrafo demandado. Argumenta que las razones expresadas en la demanda sobre la inadecuación de la medida, respecto del fin buscado por el legislador, pueden ser ciertas aunque, no se puede perder de vista que esas afirmaciones requieren sustentarse en estudios que apoyen dichas aseveraciones. Conclusiones como que los fumadores no van a abstenerse de comprar cigarrillos si no acceden a ellos por unidades, y por el contrario van a comprar una cajetilla, incrementando así el consumo de tabaco, sin una justificación objetiva que la soporte, obra como la apreciación particular de lo que la demandante cree que pasará al entrar en vigencia la norma. Y, una creencia no puede ser fundamento de una inconstitucionalidad.

Ahora bien, en cuanto a la afectación de los ingresos de los vendedores ambulantes, opina que *“ese debate no cabe en la demanda de inconstitucionalidad, porque en materia de escogencia de las medidas tendientes a proteger un bien jurídico determinado el único que tiene competencia es legislador, o en otras palabras el juez Constitucional no tiene facultades para hacer ese tipo de valoraciones porque en estricto sentido pasaría a ser un colegislador como ya lo ha indicado en reiteradas ocasiones esa H. Corte [luego] no corresponde a la acción de inexecutable valorar su propiedad o acierto”*.

En todo caso, se debe reconocer la tensión el principio constitucional de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad y la necesidad de tomar medidas para impedir conductas nocivas para la salud. Y, frente a dicha tensión, se encuentran más razones para concluir que los intereses de los ciudadanos en cuanto al cuidado de la salud, en especial de los menores de edad, no pueden ceder ante los intereses de quienes comercian con tabaco. Por ello, la protección de los derechos de los comerciantes, sobre todo los de los vendedores ambulantes, deben ser protegidos de manera distinta a la eliminación de medidas como la demandada; debe buscarse la implementación de políticas que brinden oportunidades a esta población, con lo cual se impide también que su sustento dependa de actividades que en muchos casos resultan indignas.

6.- Intervención ciudadana

El ciudadano Juan Pablo Cardona González, allegó al presente proceso, a través de la Secretaría General, intervención en la que solicita la declaratoria de inexecutable de la norma acusada. Como asunto preliminar, afirma que la perspectiva de análisis no puede dejar de considerar el hecho de que la lucha contra el tabaquismo debe concretarse a partir de campañas de prevención y educación, dirigidas de manera especial a los menores de edad. Por lo cual, lo primordial en desarrollo de dicha lucha no pueden ser las medidas restrictivas, y muchos menos aquellas que tienen incidencia en terceras personas, como es el caso en relación con los vendedores ambulantes.

Así, en cuanto a lo que se busca, esto es, la disminución y prevención del consumo de tabaco, la norma acusada resulta inadecuada, pues pese a que *“el fin constitucional legítimo de la disposición es proteger la vida, la salud y la integridad moral de los menores de edad, **ello no puede conseguirse a costa de perjudicar a la población adulta para que fume más, para que compre (10) cigarrillos en adelante. Ello hace a la disposición contraria al fin constitucional para el cual fue concebida y determinada, pues está en detrimento de la salubridad pública de la población adulta fumadora.”*** Esto genera a su vez –continúa- que la norma sea regresiva en materia de seguridad y salubridad pública.

De otro lado, la prohibición demandada también resulta contradictoria en la medida en que por ejemplo, *“el fumador ocasional, el social, será obligado por el Estado a fumar en mayor cantidad, incluso contrariando su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a su libre albedrío. Lo anterior es tan irracional y desproporcionado como obligar al consumidor a adquirir el licor por litros o garrafas para evitar que los menores se embriaguen.”*

El ciudadano interviniente se adhiere a los argumentos de la demandante relativos a la vulneración del mínimo vital de los vendedores ambulantes, explica que el grado de afectación de la actividad de estos vendedores debe analizarse bajo la consideración de que *“el cigarrillo es un producto que vendido al detal deja un margen de utilidad inclusive superior al ciento por ciento (100%), dentro de la chaza este es el producto estrella, el de más alto margen de rentabilidad y uno de los de más alta rotación”*.

Igualmente, existe una eventual afectación al derecho de propiedad de los comerciantes destinatarios de la disposición, en la medida en que son éstos los dueños de los cigarrillos que circulan en el mercado, y la sanción de decomiso tiene como consecuencia directa la vulneración de la reserva judicial existente en materia de privación del derecho de propiedad. Y, la restricción en la comercialización vulnera también el principio constitucional de la libre empresa.

Por último, considera que con la norma acusada se hace caso omiso a los deberes de protección de la población vulnerable, como lo son los vendedores ambulantes. Tampoco se tiene en cuenta la imposibilidad de cumplimiento efectivo de la norma, pues no es pensable que la policía se dedique a perseguir vendedores que ofrezcan cigarrillos por unidad, además de que en la práctica resulta bastante difícil implementar medidas de control eficaz al respecto. Considera igualmente que en virtud del artículo 2º constitucional, se debieron establecer mecanismos de participación dentro del proceso legislativo, para los ciudadanos que se verían afectados por la ley 1335 de 2009, sobre todo en el caso de los vendedores ambulantes y comerciantes en general.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en cumplimiento de lo previsto en los artículos 242, numeral 2º, y 278, numeral 5º de la Constitución Política, presentó concepto No. 4947, en el cual solicita a la Corte Constitucional que se declare inhibida para emitir pronunciamiento de mérito sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del parágrafo demandado, y subsidiariamente solicita que la disposición en mención sea declarada exequible.

En primer término el Ministerio Público, considera que la demanda carece de fundamento suficiente que amerite adelantar estudio de fondo de la norma acusada. Encuentra que el escrito de la actora plantea si la prohibición de venta de cigarrillos por unidades, resulta una restricción injustificada a las libertades de distribuidores, vendedores y consumidores, o por el contrario es una manifestación del cumplimiento de acuerdos internacionales sobre adopción de políticas antitabaco suscritos por

Colombia. Sin embargo –aclara-, la acusación se basa en razonamientos subjetivos referidos a la supuesta inconveniencia práctica de la prohibición en mención. Muchas de las afirmaciones configuran posiciones personales de la actora, que se constituyen en *“argumentos extraños al juicio de inexequibilidad por involucrar valoraciones extrajurídicas, no sustentadas objetivamente, sobre el alcance en concreto de la norma demandada.”* Lo que en últimas, no es más que la inconformidad de la demandante respecto de los efectos que pueda a llegar a producir la norma. Y, en relación con la falta de participación en el proceso legislativo, de los comerciantes ambulantes presuntamente afectados de manera directa con la norma acusada, encuentra que ello no configura vicio formal alguno que autorice el control constitucional por dicha vía.

Con todo, la Vista Fiscal estima pertinente presentar razones que sustenten la exequibilidad de la disposición demandada, para el caso en que esta Corte considere llevar a cabo el análisis de fondo de la norma en mención. De este modo presenta como punto de inicio del estudio referido, la consideración según la cual la medida demandada en concreto, así como la ley 1335 de 2009 en general, está enmarcada dentro del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS), para el control del tabaco, que es *“un instrumento jurídico-político de derecho internacional público que materializa el acuerdo de los 192 Estados miembros de la OMS, alcanzado en la 56ª Asamblea Mundial de la Salud realizada en mayo de 2003, frente a la finalidad común de reducir la mortalidad y morbilidad asociadas al consumo de tabaco en todo el mundo, el cual ha sido incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 1109 de diciembre 27 de 2009.”*

En este orden, medidas como la que es objeto de análisis, se desprenden directamente de los principios y obligaciones contenidos en el instrumento internacional referido. De manera expresa se contempló en el Convenio Marco *“(i) la existencia de un compromiso político para establecer y respaldar medidas multisectoriales integrales y respuestas coordinadas para la prevención del consumo de tabaco, (ii) la prevención de las enfermedades causadas por el consumo de tabaco, (iii) el deber estatal de formular, aplicar y actualizar periódicamente y revisar estrategias, planes y programas nacionales de control de tabaco, (iv) el deber estatal de hacer prevalecer los objetivos del Convenio sobre los intereses creados por la industria tabacalera.”* A su turno, la sentencia C-665 de 2007, que

estudio la constitucionalidad del Convenio Marco referido y de su ley aprobatoria, reconoce la incidencia negativa del tabaquismo en la salud, lo cual en Colombia de manera particular acaeció de tal manera que *“en el año 2000 hubo 17.473 muertes atribuibles al consumo de tabaco [además de los] índices altos de consumo, vemos como en los niños y jóvenes es alarmante el uso experimental en los jóvenes de 12 a 17 años pasó de 12.7% en 1993 a 18.6% en 1998.”*

Para el Procurador, la Ley 1335 de 2009 tiene fines claros y obedece a causas ciertas, por lo cual no puede afirmarse, como se hace en el escrito de la demanda, que con la norma acusada se pretende perseguir a población vulnerable. Por el contrario, el presente es un caso claro en el que los intereses particulares, que en el contexto son los de las comercializadoras y fabricantes de tabaco, deben ceder a lo buscado por la ley en cuestión que es lo mismo que se pretende por parte del Convenio.

Ahora bien, sobre la interferencia de este tipo de prohibiciones en el derecho de autodeterminación personal y libre desarrollo de la personalidad, el Ministerio Público reconoce que *“si bien pone de presente una variable relevante, que sin duda debe ser considerada al adoptar medidas legales para prevenir y reprimir el tabaquismo, hoy día solo tiene validez relativa ante la evidencia fáctica de que la demanda de tabaco, pese a ser inelástica, resulta fuertemente afectada por los precios y condiciones de distribución y venta, (...) [y], los niveles de consumo actual del individuo dependerán de los niveles de consumo anteriores, del precio actual del producto y de las condiciones de acceso al mismo.”* Lo que en definitiva hace la medida efectiva, en tanto el carácter adictivo del consumo le quita peso al hecho de que los fumadores al consumir, sólo están ejercitando sus derechos de libertad y escogencia, pues también su comportamiento depende en gran medida de las condiciones del mercado y del grado de adicción. Luego, la prohibición cala de manera excepcional para la prevención y disminución de consumo.

Por último afirma, que la implementación de este tipo de políticas antes que estudios de constitucionalidad, demanda el ajuste del comportamiento a las nuevas reglas jurídicas. Por lo cual, como se dijo, subsidiariamente a la solicitud de inhibición, el Procurador pide la declaratoria de exequibilidad del párrafo acusado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

1.- La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 4° de la Carta.

El asunto bajo revisión y problema jurídico

2.- Tal como se consignó en los antecedentes, la actora considera que la prohibición de venta de cigarrillo por unidades contenida en el párrafo del artículo 3° de la Ley 1335 de 2009, resulta inadecuada para prevenir y disminuir el consumo de tabaco. Dicha inadecuación hace que la medida en cuestión sea desproporcionada, y genera dos razones de inconstitucionalidad, (i) la vulneración del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.N), en tanto afecta a personas no sólo menores sino adultas también en una actividad (consumo de tabaco) derivada de una decisión libre y autónoma; y (ii) la vulneración del principio de solidaridad (art. 13 C.N), por cuanto afecta económicamente a una población vulnerable, cual es la conformada por los vendedores ambulantes. Configurándose por dicho concepto dos cargos de inconstitucionalidad respectivamente.

En términos generales, sobre el primer cargo, la actora encuentra que la imposibilidad de acceder a cigarrillos por unidad, trae como consecuencia directa que los fumadores compren las cajetillas, con lo cual incrementarían el consumo. Además, en su parecer, la restricción busca en el fondo interferir con la decisión personal de consumir tabaco. Esta restricción se inscribe de manera clara dentro de las políticas que dan lugar a la imposición de patrones de comportamiento que exceden la búsqueda de garantía de derechos constitucionales. Para el caso específico, si lo pretendido por la norma acusada y la ley que la contiene es la protección del derecho a la salud, no existe relación entre la consecución de dicho fin y la prohibición acusada. Por el contrario ésta sacrifica derechos sumamente valiosos en nuestro orden constitucional, como el libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 16 de la Constitución.

Por otra parte, sobre el segundo cargo, explica que el sacrificio de derechos constitucionales va mucho más allá, pues se afecta a los vendedores ambulantes, considerados por la misma jurisprudencia de esta Corte como población vulnerable, en el sentido en que restringe la venta de un producto que reporta una importante rentabilidad. También, explica, resulta claro que el legislador ha tomado el camino equivocado al pretender prevenir y disminuir el consumo de tabaco, ya que ha optado por perseguir al pequeño comercializador, generando un impacto desfavorable a su actividad de subsistencia, cuando lo acertado sería tomar medidas en cuanto al consumidor. En su opinión, lo anterior va en contra del principio de solidaridad del inciso final del artículo 13 Superior, que obliga a las autoridades a considerar de manera prevalente los intereses de la población menos favorecida. Intereses que en el caso analizado se concretan en otros derechos fundamentales como el mínimo vital y el derecho a ejercer actividades legítimas para subsistir de manera digna.

A su turno, la mayoría de los intervinientes está en desacuerdo con los planteamientos de la demandante. Alegan, que la medida específica, relativa a la prohibición de venta de cigarrillos al menudeo (por unidades) así como la Ley 1335 de 2009 en general, buscan desestimular el consumo de tabaco entre los ciudadanos colombianos, por lo cual uno de los sectores dentro los cuales resulta indispensable intervenir es el de la comercialización. Explican que no se puede afirmar que la medida es en sí misma inadecuada, pues ésta debe ser considerada dentro del conjunto de medidas de la Ley 1335, que buscan dar cuenta de varios frentes en la lucha contra el tabaquismo, como son la educación, la publicidad, la fabricación, y para el caso la distribución. Por lo cual, tampoco es acertado afirmar que la medida propicia el consumo antes que impedirlo, pues la ley en cuestión contiene obligaciones en cuanto a la presentación de las cajetillas, que persuaden al consumidor hacia la abstención.

Aseveran que la presunta afectación económica a la actividad de los vendedores ambulantes, es una consecuencia que no puede medirse en términos de afectación al mínimo vital y a la posibilidad de ejercer actividades para subsistir dignamente. Esto, en tanto no se ha prohibido la venta de cigarrillos en Colombia, sino que se ha restringido una de sus modalidades; además de que, el tabaco es sólo uno de muchos productos que legalmente pueden ser comercializados por la población de vendedores ambulantes.

En general, quienes defienden la exequibilidad de la disposición estudiada, afirman que los eventuales inconvenientes prácticos derivados de la aplicación de la norma acusada no son razón suficiente para declararla inexecutable. Inconvenientes como que los fumadores comprarán la cajetilla y por ello se intensificará el consumo, o que el control sobre el cumplimiento de la prohibición resulta dispendioso y prácticamente imposible por parte de las autoridades de policía, no son razón para retirar la norma del ordenamiento. Por el contrario la disposición debe ser interpretada como la lucha del Estado colombiano contra los severos problemas de salud que produce el tabaquismo, y en esa medida la protección del derecho a la salud y a la salubridad pública, no puede ceder a otros intereses.

Otros intervinientes, encuentran que la medida es inconstitucional, y la mayoría de éstos coincide en afirmar que la prohibición está muy alejada de aquello que busca, pues encuentran que la imposibilidad de acceder a los cigarrillo por unidad no tiene nada que ver con el grado de consumo. Además de que resulta desproporcionada, en tanto no sólo no es adecuada sino que, existen otras medidas que no inciden de manera tan determinante en derechos constitucionales de terceros, y a las cuales hace referencia la misma ley 1335 de 2009. Los derechos al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo y a la libre empresa quedan suficientemente salvaguardados con medidas como “(i) los programas de educación preventiva; (ii) las campañas de prevención; y (iii) las exigencias respecto del empaquetado y etiquetado, por poner tan sólo algunos ejemplos.” Por lo cual, entonces, se sacrifican injustificadamente los derechos mencionados.

En cuanto a la actividad de los vendedores ambulantes, alegan que la medida debe analizarse bajo la consideración de que el cigarrillo es el producto de más alto margen de rentabilidad y uno de los de más alta rotación, por lo que la afectación a la economía de esta población es palmaria.

A su turno, el Procurador General considera, en principio, que se presenta ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto las razones sobre las cuales la actora soporta la acusación, corresponden a apreciaciones sobre lo que ella considera pueden ser los efectos prácticos de la aplicación de la norma

demandada. Sostiene que muchas de las afirmaciones configuran posiciones personales de la actora, que se constituyen en “*argumentos extraños al juicio de inexecutable por involucrar valoraciones extrajurídicas, no sustentadas objetivamente, sobre el alcance en concreto de la norma demandada.*” Ante lo que procedería fallo inhibitorio.

Posteriormente, la Vista Fiscal explica que dado el caso en el que la Corte Constitucional decida estudiar de fondo la norma acusada, entonces solicita la declaratoria de exequibilidad. Afirma que la disposición demandada se inscribe dentro de las políticas que el Estado colombiano se comprometió a adoptar en el contexto del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el control del tabaco. Y en este orden, medidas como la que es objeto de análisis, se desprenden directamente sus principios y obligaciones tales como, “*(i) la existencia de un compromiso político para establecer y respaldar medidas multisectoriales integrales y respuestas coordinadas para la prevención del consumo de tabaco, (ii) la prevención de las enfermedades causadas por el consumo de tabaco, (iii) el deber estatal de formular, aplicar y actualizar periódicamente y revisar estrategias, planes y programas nacionales de control de tabaco, (iv) el deber estatal de hacer prevalecer los objetivos del Convenio sobre los intereses creados por la industria tabacalera.*” Concluye que la prohibición acusada, no hace más que atender al hecho de que el tabaquismo es nocivo para la salud, tal como lo ha reconocido también la jurisprudencia constitucional cuando realizó control de constitucionalidad sobre el Convenio en mención (C-665 de 2007).

De otro lado considera que la medida sí es efectiva, en tanto el carácter adictivo del consumo le quita peso al hecho de que los fumadores al consumir, sólo están ejercitando sus derechos de libertad y escogencia, pues su comportamiento depende en gran medida de las condiciones del mercado y del grado de adicción. Y, en relación con la supuesta afectación de la dinámica económica de los vendedores ambulantes, explica que no existen razones para concluir una perturbación significativa en su negocio, pues no se ha prohibido la venta de cigarrillos en Colombia, sino se ha restringido una de sus modalidades; además de que, el tabaco es sólo uno de muchos productos que legalmente pueden ser comercializados por ellos.

Problema jurídico

3.- De conformidad con lo anterior, corresponde a la Corte Constitucional de manera general, determinar si la prohibición de venta de cigarrillos por unidades es desproporcionada al configurarse como una medida presuntamente inadecuada al fin que busca, cual es la prevención y disminución del consumo de tabaco, y generar por el contrario la vulneración tanto del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.N) de los ciudadanos que consumen tabaco, así como del principio de solidaridad (art. 13 C.N) tras afectar presuntamente las ventas, luego el mínimo vital, de los vendedores ambulantes considerados población vulnerable.

Ahora bien, como se ha dicho la demandante propone dos vulneraciones concretas derivadas de la supuesta falta de proporción de la prohibición acusada. Así, como quiera que el concepto de la vulneración planteado por la demandante está ligado a todas las razones que presenta para sustentar la inadecuación de la medida al fin buscado por la misma, para efectos de la claridad metodológica, la Sala reducirá los dos cargos a dos hipótesis de partida, que describan de manera instructiva el problema propuesto en la demanda en términos del principio de proporcionalidad.

4.- De este modo, la premisa inicial del estudio del primer cargo es la siguiente: (i) Para invadir el derecho de autodeterminación personal de los ciudadanos que consumen tabaco con la prohibición de venta de cigarrillos por unidad, esta prohibición debería producir efectos directos de prevención y disminución del consumo, y en esa medida el sacrificio de dicho derecho valdría la pena en consideración de aquello tan valioso que se consigue respecto del consumo (prevención y disminución).

La respuesta de la demandante a la anterior hipótesis, es que, como no existen tales efectos en la prevención y disminución del consumo, entonces la invasión al derecho de autodeterminación personal es injustificada, por lo cual la medida es inconstitucional por sacrificar injustificadamente un derecho constitucional.

En este orden, la premisa inicial del estudio del segundo cargo es la siguiente: (ii) Para afectar las ventas, luego el derecho al mínimo vital y el principio de solidaridad respecto de la población de vendedores ambulantes con la prohibición de venta de cigarrillos por unidad, esta

prohibición debería producir efectos directos de prevención y disminución del consumo de tabaco, y en esa medida el sacrificio de dichos derechos valdría la pena en consideración de aquello tan valioso que se consigue respecto del consumo (prevención y disminución).

La respuesta de la demandante a la anterior hipótesis, es que, como no existen tales efectos en la prevención y disminución del consumo, entonces la vulneración del mínimo vital y del principio de solidaridad es injustificada, por lo cual la medida es inconstitucional por sacrificar injustificadamente derechos constitucionales.

5.- De este modo la Sala Plena analizará las hipótesis arriba plasmadas, para determinar si llega o no a las mismas respuestas propuestas por la actora. No obstante, antes de dicho análisis, la Corte desarrollará un marco teórico con el fin de aclarar el contexto en el que se dan las discusiones alrededor de las políticas antitabaco, para establecer **A)** el ámbito de discusión constitucional de estas políticas, así como, dentro de dicho ámbito, **B)** el sentido y alcance de la medida demandada. Luego de ello, **C)** se analizarán los cargos.

A) Ámbito de discusión constitucional de las políticas anti-tabaco.

6.- Con el fin de describir el marco dentro del cual es viable la participación del juez de control de constitucionalidad, en desarrollo de las discusiones alrededor de las políticas anti-tabaco, la Sala encuentra pertinente presentar el escenario conceptual en el que discurren dichas discusiones. Así pues, las denominadas políticas anti-tabaco, exhibidas también dentro de lo que se conoce como acciones y lucha contra el tabaquismo, tienen como presupuesto impedir y prevenir las consecuencias de la afectación de la salud generadas por el consumo de tabaco.

Precisamente, una parte importante de la motivación plasmada en el Convenio Marco de la OMS (Organización Mundial de la Salud) para el control del tabaco³, está dedicada al reconocimiento de que el consumo de tabaco produce innumerables problemas de salud. Afirma la OMS, entre otros, que *“la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema*

³ Suscrito por Colombia, ratificado mediante la Ley Ley 1109 de 2006 *“Por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco’, hecho en Ginebra, el veintiuno (21) de mayo de dos mil tres (2003), y declarado exequible mediante sentencia C-665 de 2007*

mundial con graves consecuencias para la salud pública, que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral”; por lo que encuentra válida “la inquietud de la comunidad internacional por las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, económicas y ambientales del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco en el mundo entero”.

Además, asiente en el hecho de que existe una amplia preocupación “*por el aumento del consumo y de la producción de cigarrillos y otros productos de tabaco en el mundo entero, particularmente en los países en desarrollo, y por la carga que ello impone en las familias, los pobres y en los sistemas nacionales de salud*”; así mismo “*que la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco, o a consumir de cualquier otra manera productos de tabaco; (...) que los cigarrillos y algunos otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera muy sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia, que muchos de los compuestos que contienen y el humo que producen son farmacológicamente activos, tóxicos, mutágenos y cancerígenos, y que la dependencia del tabaco figura como un trastorno aparte en las principales clasificaciones internacionales de enfermedades*”; y “*que existen claras pruebas científicas de que la exposición prenatal al humo de tabaco genera condiciones adversas para la salud y el desarrollo del niño.*”

7.- A su turno, el debate comienza por el cuestionamiento sobre la verdadera afectación que el tabaco produce a la salud, y a su vez se desarrolla a partir de la distinción entre el caso en que la mencionada afectación se pregona de terceros (“fumadores pasivos”), y cuando ésta se refiere a la salud del propio consumidor. En relación con las controversias sobre el real alcance de la afectación de la salud de los llamados “fumadores pasivos”, es decir aquéllas personas que no consumen directamente el tabaco sino que se ven afectados por el medio ambiente generado por los fumadores, quienes critican las políticas antitabaco consideran que la propagación de conclusiones acerca de los efectos nocivos del tabaco en la salud de los mencionados “fumadores pasivos”,

obedece a información incompleta y manipulada. En general, dichos contradictores cuestionan el carácter definitivo de los resultados científicos que apoyan la premisa de partida de este tipo de políticas, valga insistir, la afectación de la salud.

La supuesta ausencia de estudios científicos de contraste y el manejo amañado de informaciones incompletas, vendría a ser el sustento de las cruzadas mundiales antitabaco, sobre la base de exageraciones y mitos constituidos en la sociedad acerca del grado de afectación que una persona no fumadora tendría en su salud. En esta interpretación, *“los fundamentos sobre los que mayormente se sustenta la afectación de la salud de los ‘fumadores pasivos’ se construyen desde el campo médico de la epidemiología, a partir de estudios de extensos grupos de población y del impacto ambiental y de las tendencias estadísticas del estado de salud de dicha población. Pese a que en el campo de la epidemiología la mayoría de los profesionales de la salud cuentan con muy poco entrenamiento, éstos conservan una percepción negativa sobre el consumo de tabaco, a raíz del hallazgo de problemas de salud en algunos de sus pacientes fumadores. Y, debido al esfuerzo en tiempo y energía que implica mantener la idoneidad profesional en las áreas en las que se especializan, la mayoría de estos médicos simplemente aceptan la enorme carga publicitaria sobre la afectación de la salud de los ‘fumadores pasivos’, sin mayor intención de cuestionarla científicamente. Un gran número de ellos, no presta suficiente atención a lo que en el fondo motiva las cruzadas antitabaco, y no encuentran suficientes razones para poner en duda las noticias sobre los problemas de salud relacionados con un hábito, que de entrada consideran negativo.”*⁴

De otro lado, luego de poner en duda el grado de afectación de los “fumadores pasivos”, los opositores a las políticas antitabaco plantean que los eventuales problemas de salud tanto en terceros como en el propio consumidor de tabaco, no son tan dramáticos como se presentan ante la ciudadanía, y por ello resultan comparables con otros problemas de salud derivados de conductas triviales, como son el consumo de café, té, cerveza, sodas (gaseosas), entre otros, y de alimentos que sufren complejos procesos de elaboración o cultivo, todos los cuales ostentan una comprobada presencia de químicos con efectos cancerígenos similares a

⁴ McFadden Michael. *Dissecting Antismokers’ Brains*. Ed. AEthna Press. 2003. Págs. 10 y 11

los del tabaco.⁵ Y, las anteriores conductas no son objetos de sendas políticas de erradicación y prevención. Lo que ratifica una posición – en su parecer- injustificadamente desproporcionada frente a los efectos del tabaco, y una apreciación de éstos como un *fetiché* que involucra una cantidad importante de imprecisiones y construcciones sociales erradas de lo que implica el consumo de tabaco.

En este contexto, la Sala dará cuenta de cada uno de los aspectos descritos que enmarcan el debate referido, con el fin de destacar los puntos constitucionalmente relevantes. En desarrollo de dicha tarea se desarrollarán los siguientes temas: **(i)** la relevancia constitucional de la afectación de los denominados “fumadores pasivos”, **(ii)** la relevancia constitucional de la afectación de los consumidores de tabaco, para lo cual se hará referencia a **a)** los aspectos generales del control de constitucionalidad de las medidas de corte “paternalista”, y a **b)** los aspectos puntuales del control de constitucionalidad de las medidas de corte “paternalista” relativas al cuidado de la salud. Luego de ello, se hará una reflexión sobre **(iii)** la relevancia constitucional de las medidas dirigidas a restringir la actividad comercial de producción y comercialización de tabaco.

(i) La afectación de los denominados “fumadores pasivos” y el ámbito de discusión constitucional de las políticas antitabaco.

8.- Ahora bien, la perspectiva desde la que surge el debate en los términos descritos, referida a los “fumadores pasivos”, involucra muy pocos aspectos que incumban directamente a los jueces constitucionales. En efecto, los pormenores sobre el grado de afectación de la salud de los “fumadores pasivos”, no es un asunto que interese en el debate judicial alrededor de la constitucionalidad de las medidas que se tomen para evitar que personas no fumadoras accedan a un medioambiente modificado por quienes consumen tabaco. En el escenario constitucional referido basta con el reconocimiento de que el ambiente alterado por el consumo de tabaco incide de alguna manera, no positiva, en la salud de los “fumadores pasivos”⁶. En esa medida, no importa en qué grado se da esto, y la

⁵ *Ibidem*. Pág. 275 a 281

⁶ La premisa según la cual, incluso quienes son contrarios a las políticas antitabaco, aceptan que el ambiente alterado por el consumo de tabaco tiene alguna incidencia en la salud de quienes no consumen pero acceden a dicho ambiente, se sustenta en el hecho de que ellos mismos reconocen que los efectos nocivos del tabaco pueden ser comparados con los efectos de otros productos. Dicha

incumbencia del juez de control de constitucionalidad se circunscribe a garantizar el derecho de todo ciudadano a no ser molestado ni afectado negativamente por la conducta de otros. Esto, en aplicación de la cláusula constitucional según la cual *“todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás (...)”*⁷

Queda pues claramente excluida de la labor del juez de control de constitucionalidad, valoración alguna sobre la certeza del alto, medio o bajo grado de afectación de las personas no fumadoras en ambientes alterados por el consumo de tabaco. Y, resulta por el contrario un deber ineludible, aplicar la Constitución mediante la protección de los derechos de los “fumadores pasivos” a la salud y al medio ambiente sano, pues en el debate, propio más bien del escenario político, no se desmiente la afectación de la salud sino solamente su alcance.

De ahí, que la competencia del juez de control de constitucionalidad se circunscriba únicamente a avalar desde la Constitución la justificación de medidas tendientes a evitar que las personas que no consumen tabaco (menores en especial, pero también adultos), se vean de algún modo afectadas por aquellos que sí lo consumen. Esto, confirma de igual manera la impertinencia constitucional del argumento dirigido a sustentar la falta de justificación real de las políticas antitabaco, mediante la comparación con otras conductas que presuntamente tendrían tanta carga nociva para la salud como el consumo de tabaco⁸. El estudio de los efectos en uno u otro sentido de las conductas de consumo de los ciudadanos, no es un aspecto que corresponda analizar al juez constitucional, en primer término; y en segundo, como se ha dicho, sólo basta que se haya comprobado algún grado de afectación de la salud de quienes acceden a ambientes alterados por consumo de tabaco, y ello es suficiente justificación para proteger los derechos de algunos en detrimento de los intereses de otros.

(ii) La afectación de los consumidores de tabaco y el ámbito de discusión constitucional de las políticas antitabaco.

comparación no sería válida si no se acepta que el tabaco incide negativamente, de algún modo, en la salud.

⁷ Constitución de 1991. Artículo 16.

⁸ Ver fundamento jurídico número 7 de esta sentencia

9.- Por otra parte, como se anticipó, otro nivel en la discusión sobre las políticas antitabaco se alcanza cuando se trata el caso de la afectación de la salud del propio consumidor de tabaco. En este evento resulta claro que desde el punto de vista constitucional las medidas encaminadas a evitar y restringir el consumo de tabaco, que no están dirigidas de manera cierta a proteger los derechos de los “fumadores pasivos”, persiguen garantizar la salud del propio individuo que consume tabaco. No es posible una conclusión distinta, si se toman en serio los fundamentos de dichas políticas, plasmados en el Convenio Marco de la OMS sobre control del tabaco y en la misma ley 1335 de 2009 y en su exposición de motivos⁹, entre otros, enfocados todos desde el presupuesto de que el consumo de tabaco afecta la salud, tal como se explicó anteriormente.

Así pues, es imperativo afirmar en primer término que la intención y las medidas mismas, relativas a las políticas antitabaco, exceden en mucho el mero interés de garantizar los derechos de la población no fumadora¹⁰, y se debe por tanto reconocer que éstas canalizan un claro deseo de desestimular a toda costa el consumo de tabaco. En este orden, cuando la restricción recae sobre el propio consumidor, la medida se inscribe dentro de lo que en la teoría constitucional y en la jurisprudencia de esta Corporación se ha llamado medidas de corte “paternalista”¹¹.

⁹ Más adelante se hará referencia concreta a la exposición de motivos de la Ley 1335 de 2009, contentiva de la medida estudiada en la presente sentencia.

¹⁰ Medidas como la que se estudia en la presente sentencia, exceden el mero interés de los terceros y se dirigen a dificultar el consumo de tabaco, con el fin de desestimular su realización.

¹¹ En la sentencia C-930 de 2008, la Corte aclaró los términos en los considera prudente la utilización de la expresión “paternalismo” en la jurisprudencia constitucional colombiana. Sostuvo en aquel pronunciamiento lo siguiente: *“La jurisprudencia constitucional hizo una aclaración conceptual previa al abordar el desarrollo de este tema, según la cual era conveniente desprenderse de la acepción “paternalismo”, para evitar la calificación de este tipo de medidas como ‘paternalistas’. Se explicó en la sentencia C-309 de 1997, que pese a la definición rigurosa que podían ofrecer las distintas teorías de filosofía ética, la expresión ‘paternalismo’ ostentaba una carga semántica importante, relativa a considerar a los ciudadanos como menores de edad bajo el cuidado del Estado. Ello a su vez, podría traer como consecuencia la creencia de que la Corte reconoce un contexto político y social en el cual el Estado obra como ‘protector de sus súbditos, que conoce mejor que estos lo que conviene a sus propios intereses’. Por ello se propuso, en armonía con los valores constitucionales, ‘denominar esas políticas como medidas de protección de los intereses de la propia persona, o de manera más abreviada, medidas de protección. Si bien el anterior argumento es acertado, sobre todo porque medidas de este tipo se encuentran reguladas expresamente en nuestra Constitución, no lo es menos que la carga semántica de la locución ‘paternalismo’, llama la atención también sobre la necesidad de evaluar con mucho celo constitucional, las medidas vigentes en nuestra sociedad que describen el fenómeno al que se refiere el ‘paternalismo’; valga decir, medidas que tienen por objeto la protección de los intereses de la propia persona. **En dicho sentido, pese a reconocer la corrección de la aclaración hecha antaño por la Corte sobre la utilización del vocablo ‘paternalismo’, la Sala considera que el estado actual de la jurisprudencia de esta Corporación permite que dicha denominación contribuya a poner de presente la relevancia constitucional del tema, para justificar un control de constitucionalidad más intenso y cuidadoso sobre las medidas legales de corte ‘paternalista’.**”* {énfasis fuera del texto original}

El punto de partida hermenéutico en estos asuntos, corresponde a un cuestionamiento central: ¿puede el Estado tomar medidas para obligar a los ciudadanos a ejercer u omitir acciones cuyo fin es el bienestar de quien es objeto de la medida, o ello lesiona su autonomía?¹² Por supuesto, la respuesta a esta pregunta es de plena incumbencia del juez de control de constitucionalidad, y podría afirmarse incluso que está dentro de sus deberes responderla.

a) Aspectos generales del control de constitucionalidad de las medidas de corte “paternalista”. Reiteración de jurisprudencia.

10.- Por lo anterior, resulta pertinente referirse a los términos en los que la jurisprudencia ha analizado la intensidad y el sentido del control de constitucionalidad sobre la imposición de restricciones o deberes, cuyo fin es el bienestar propio y el auto-cuidado. Ha recalcado pues la Corte¹³ el talante de la Constitución de 1991, según el cual se tiene como base organizativa política y jurídica la dignidad y la autonomía individuales (arts. 1º y 16 C.N), lo cual tiene como consecuencia que no corresponde al Estado ni a la sociedad *“sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización personal”*¹⁴. A partir de esto se distinguieron las justificaciones posibles que pretenden autorizar restricciones a los referidos derechos de dignidad y autonomía personales, de aquéllas que no tienen cabida en contextos constitucionales como el nuestro.

En dicho sentido se presentan dos hipótesis, de un lado, las medidas jurídicas coactivas que pretenden obligar la realización u omisión de una acción, con el fin de imponer a los(as) ciudadanos(as) determinados modelos de virtud o excelencia humana. Y, se ha concluido que este supuesto, propio del llamado “perfeccionismo” o “moralismo jurídico”, no es en ningún aspecto compatible con los principios contenidos en nuestra Constitución. De otro lado, están las medidas que buscan proteger los intereses de la propia persona, pero tienen como fin procurar *bienestar, felicidad, necesidades, intereses o valores* de aquel a quien se dirige la medida. Éstas por el contrario son compatibles con la Constitución, *“puesto que ellas no se*

¹² C-930 de 2008. Fundamento jurídico número 7

¹³ Los criterios jurisprudenciales a este respecto, se han recogido principalmente en las sentencias C-309 de 1997 y C-930 de 2008, ambas referidas al estudio de constitucionalidad de medidas relacionadas con la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad en los automóviles.

¹⁴ C-309 de 1997, fundamento jurídico número 7.

fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado”¹⁵. Ambos tipos de medidas suponen, por supuesto, interferencia en la libertad de acción de las personas. Las primeras no cuentan con justificación constitucional alguna, y las segundas pueden justificarse bajo el cumplimiento de ciertos requisitos.

11.- La Corte ha sostenido pues, que las medidas de carácter paternalista pueden justificarse a la luz del orden constitucional, siempre que: (i) procuren el bienestar y protección de las personas, en relación con derechos que la misma Constitución haya privilegiado como objeto de garantía reforzada; y (ii) sean medidas proporcionales en sentido estricto, esto es, **a**) que busquen el cumplimiento de una finalidad afincada en los principios constitucionales, **b**) que el grado de restricción del derecho de autonomía, sea acorde a la importancia del principio constitucional que se pretende garantizar, **c**) que la medida resulte necesaria porque no existe otra para lograr la misma finalidad, y **d**) que su implantación no implique el sacrificio de principios o valores más importantes que aquellos que se pretenden proteger. Esta Corporación ha denominado a la metodología de análisis anterior, “test de proporcionalidad”.

El sustento de lo anterior deriva del pluralismo como principio constitucional (art. 1° C.N), así como el contenido normativo correspondiente a la autonomía personal (derecho de autonomía personal), cuya garantía se desprende según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁶ (art. 16 C.N), del derecho de autodeterminación¹⁷ (Art. 9 C.N) y del derecho de dignidad humana¹⁸ (art 1° C.N). De igual manera, la consagración del

¹⁵ C-309 de 1997, fundamento jurídico número 8

¹⁶ Vid. entre otras las sentencias T-532 de 1992 y C-221 de 1994.

¹⁷ Vid. entre otras la sentencia T-124/98: “Vivir en comunidad y experimentar la sensación de ser iguales y libres constitucionalmente frente a los demás, incluye también la posibilidad de actuar y sentir de una manera diferente, en lo que concierne a las aspiraciones y a la autodeterminación personal. La potestad de cada quien para fijar esas opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente, es lo que llamamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho, protegido constitucionalmente y ligado sin duda alguna a los factores mas internos de la persona y a su dignidad, se manifiesta singularmente en la definición consciente y responsable que cada persona puede hacer frente a sus propias opciones de vida y a su plan como ser humano, y colectivamente, en la pretensión de respeto de esas decisiones por parte de los demás miembros de la sociedad”. También, SU-510 de 1998. “El hombre es un ser que se domina a sí mismo por medio de la razón, lo que implica su capacidad de autodeterminación.” (S.V parcial a la SU-510 de 1998. Vladimiro Naranjo M.). En el mismo sentido, C-660 de 2000 y C-718 de 2006.

¹⁸ Uno de los argumentos que la Corte Constitucional utilizó en el juicio de proporcionalidad que pretendió determinar la aplicación ponderada del derecho a la dignidad de las mujeres y del principio de respeto y

pluralismo como pilar fundamental de la organización de nuestra sociedad, implica la prevalencia de la autonomía¹⁹, y así del respeto por las decisiones que dentro del orden legal tomen los individuos como seres libres.

Incluso, con base en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido el alcance del principio de autonomía respecto de interpretaciones “paternalistas” de las normas que regulan la relación de los médicos y los pacientes, y la prestación misma del servicio de salud. En dicho tópico, se ha afirmado que el soporte normativo referido resulta suficientemente sólido como para aceptar la posibilidad de que los ciudadanos asuman riesgos voluntariamente, lo cual en la mayoría de las ocasiones se configura como un verdadero derecho.

12.- De la vigencia del principio de organización pluralista y del derecho a la autonomía personal, se derivan pues importantes principios que enmarcan el entorno jurídico de la libertad de los individuos. Lo que querría decir, según las cláusulas constitucionales citadas, que el ambito de regulación estatal permitido en este asunto, involucra de manera general la relación de los individuos con otros individuos, y no la relación del individuo consigo mismo²⁰.

No obstante, son bien conocidas algunas excepciones en las que resulta constitucionalmente tolerable, la vigencia de regulaciones que claramente buscan el bienestar de aquellos a quienes se dirige, tales como las que han dado lugar a las líneas jurisprudenciales relativas a la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad en automóviles, por ejemplo. O, también los criterios avanzados a propósito de la obligación de la imposición de algunas vacunas, debate en cual se sostuvo en sentencia SU-037 de 1999, lo siguiente: *“En otras ocasiones, el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a*

protección de la vida, en el estudio de constitucionalidad de la disposición jurídica que penaliza la conducta del aborto [C-355 de 2006], interpretó que uno de los contenidos normativos del mencionado derecho a la dignidad consiste en la posibilidad de decidir autónomamente cuestiones relativas al desarrollo personal. Se sostuvo que: *“La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.”* Además, en materia de salud se dijo en la citada C-355 de 2007 lo siguiente: *“...el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros.”*

¹⁹ SU-337 de 1999. Fundamento jurídico número 10.

²⁰ *Ibidem*

*terceros, lo cual puede justificar, dentro de ciertos límites, la realización de ciertos procedimientos, incluso contra la voluntad de la propia persona. Esto explica la obligatoriedad de ciertas vacunas que protegen contra enfermedades muy contagiosas, susceptibles de afectar gravemente la salud colectiva, o la imposición de ciertas medidas sanitarias, como el aislamiento o la cuarentena de los enfermos, para evitar la propagación de una epidemia.”*²¹

b) Aspectos puntales del control de constitucionalidad de las medidas de corte “paternalista” relativas al cuidado de la salud. Reiteración de jurisprudencia.

13.- Ahora bien, con base en lo explicado en el acápite anterior, en relación con el conjunto de propósitos perseguidos por las políticas antitabaco, relativos a evitar y disminuir la afectación que el tabaco produce a la salud de quien lo consume; se puede afirmar al tenor de la Constitución de 1991, que los individuos no sólo pueden, sino que tienen el derecho de colocarse autorresponsablemente en situaciones que otros consideren inconvenientes o riesgosas, siempre que no comprometan los derechos de otros²². Y, especialmente, en el punto específico de decisiones concernientes al cuidado de la salud, la Corte ha realizado la garantía del derecho de autonomía personal²³. Se sostuvo en la sentencia T-234 de 2007²⁴, que de la condición

²¹ Fundamento jurídico número 13

²² Sobre el particular ha agregado la Corte: “Para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado. En consecuencia, simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales (CP art. 15), o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar el alcance de este derecho.” [T-532/92. Fundamento Jurídico # 3]

²³ En la T-493 de 1993 la Corte revisó un caso en el que una persona interpuso acción de tutela con el fin que se ordenara a un familiar someterse a un tratamiento para tratar el cáncer, se sostuvo que se desconocía “...el mandato constitucional del artículo 16, que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad ‘sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico’, en cuanto coartan la libertad (...) de decidir si se somete o no a un tratamiento médico y las modalidades del mismo, e interfieren indebidamente la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos, en lo relativo a lo que a su juicio es más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida. La decisión (...) de no acudir a los servicios médicos (...), entre otras razones, por lo costosos que ellos resultan, su razón valedera de no querer dejar sola a su hija en la casa, su especial convicción de que “Cristo la va a aliviar”, y de que se siente bien de salud, no vulnera ni amenaza los derechos de los demás, ni el orden jurídico; por consiguiente, merece ser respetada, dentro del ámbito del reconocimiento de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.” De igual manera, cuando la Corte estudió la constitucionalidad de la norma que penaliza el homicidio por piedad (C-239 de 1997), analizó la relación de la dignidad de las personas con la valoración individual de la propia condición de salud, y la consecuencia de que dicha relación se diera bajo factores externos. Afirmó por ello esta Corporación que “[n]ada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime

personal de la salud se desprende una valoración individual, única y respetable de la dignidad, que puede justificar incluso la decisión de no vivir más, por ejemplo. Así como, el caso contrario también forma parte de la esfera individual e inviolable de las personas, cual es el de tomar la decisión de continuar viviendo en condiciones que para la mayoría serían de suma indignidad. Esto supone, que es deber del Estado respetar aquellas decisiones de los individuos que tengan como sustento su condición de seres libres y autónomos, siempre que estas decisiones no deriven en acciones que comprometan el goce de los derechos de otras personas.

14.- Con base en las líneas jurisprudenciales que se acaban de reconstruir, el control de constitucionalidad sobre las restricciones al principio de autonomía, cuando no están en juego más que los derechos de la propia persona y no los de terceros, se debe llevar a cabo bajo las siguientes consideraciones²⁵:

- El principio de autonomía derivado del carácter pluralista de nuestro orden constitucional (art. 1º C.N), así como del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.N), del derecho de autodeterminación (Art. 9 C.N) y del derecho de dignidad humana (art 1º C.N); se erige como la garantía de que los ciudadanos puedan tomar decisiones, que no afecten derechos de terceros, a partir del reconocimiento de su capacidad de reflexión sobre sus propias preferencias, deseos, valores, ideales y aspiraciones.
- La capacidad de reflexión referida debe ser real, y por ello se requiere un profundo respeto por el principio de libertad. En este sentido, el principio de autonomía adquiere una doble dimensión como valor: **a) el valor de llevar una vida de acuerdo a nuestras propias decisiones y b) el valor de decidir sin limitaciones externas de otros.**²⁶ La jurisprudencia

intangibles. Porque, precisamente, la filosofía que informa la Carta se cifra en su propósito de erradicar la crueldad. Rorty lo ha expresado en palabras exactas: quien adhiere a esa cosmovisión humanística, es una persona que piensa "que la crueldad es la peor cosa que puede haber." [C-239 de 1997 citando a Richard Rorty. *Contingencia Ironía y Solidaridad. Ediciones Paidós, Barcelona, 1991, Pg.154*]

Más recientemente en la citada C-355 de 2007, en la cual esta Corporación estudió la constitucionalidad de la disposición jurídica que penaliza la conducta del aborto, se sostuvo lo siguiente: "...el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros."

²⁴ Reiterada en sentencia T-653 de 2008

²⁵ El marco conceptual desplegado en este punto, fue desarrollado principalmente en la sentencia C-930 de 2008

²⁶ ROSENKRANTZ Carlos F. "El valor de la Autonomía". En La autonomía Personal. Cuadernos y Debates # 37. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1992. Pág. 17

constitucional que ha desarrollado el alcance del valor de la autonomía personal en la relación con el cuidado de la salud, ha sostenido la idea según la cual la evaluación de las consecuencias de las acciones cambia cuando éstas se han derivado de “*nuestra propia elección*”; y ello resulta de vital importancia porque sin esta posibilidad no se cumplen las expectativas propias y de otros respecto de nuestra propia competencia para manejar nuestras vidas.²⁷

- El valor de la autonomía puede ser procurado por el Estado, mediante el privilegio de otros valores directamente relacionados con él. Puede por ejemplo, establecer medidas coercitivas, que en principio interfieren en la libertad de elección de las personas, pero que corresponden a la promoción de valores preestablecidos a partir del principio mayoritario, sin cuya garantía no sería posible ejercer el derecho de autonomía (por ejemplo, la vida y la salud). Con todo, este tipo de medidas requieren una adecuación constitucional estricta, con el fin de evitar que por dicha vía se pretendan imponer modelos o planes de vida o concepciones del bien. Por ello, las medidas en cuestión deben ser proporcionales, y si su respaldo es una sanción, ésta debe ser la menos rígida posible.
- A partir de las consideraciones anteriores, el control de constitucionalidad de las medidas de carácter “paternalista” en el sentido explicado, debe llevarse a cabo con un alto grado de rigurosidad, y así, el juez constitucional se ve obligado a verificar la existencia de una justificación que desvirtúe la imposición de conductas o modelos morales determinados y que se asiente en la promoción y protección de valores colocados por el ordenamiento constitucional en un lugar preponderante dentro de los principios de nuestra organización jurídica y política. De igual manera, quedan descartadas para el juez de control de constitucionalidad, las razones relativas a la incidencia indirecta de este tipo de medidas en los derechos e intereses de terceros, como única fuente de su fundamentación.

15.- Por último, conviene aclarar que la perspectiva de análisis de este tipo de medidas por parte del juez de control de constitucionalidad, debe advertir la siguiente diferenciación: Las medidas “paternalistas” que ameritan un análisis como el que se acaba de describir, consisten en la imposición de

²⁷ SCANLON T. “*The relevance of choice*”. Citado en ROSENKRANTZ Carlos F. “*El valor de...*”. Ob Cit.

sanciones cuyo supuesto fáctico normativo corresponde al ejercicio u omisión de una conducta relacionada con el *auto-cuidado* personal de la salud o integridad física; y éstas, deben ser distinguidas de **a)** medidas tomadas por el Estado, cuyo fin es estimular o desincentivar ciertas actividades mediante la imposición de políticas y consecuencias jurídicas distintas a las sanciones²⁸, luego mantienen intacto el ámbito personal de decisión de las personas. Y, **b)** medidas que buscan la implementación de políticas de justicia distributiva²⁹, a partir de las cuales el orden normativo prohíbe a los ciudadanos, por ejemplo, renunciar a los derechos laborales, o los obliga a inscribirse y cotizar en los sistemas de seguridad social. Si bien estas medidas buscan el propio bienestar, no se configuran como medidas paternalistas injustificadas, sino que constituyen “*lo mínimo que el Estado justo debe hacer (...) [para] dar ciertas facilidades para que cada uno de los ciudadanos forme una persona social y desarrolle las capacidades que le permitirán adquirir los bienes primarios.*”³⁰

16.- Lo expuesto en el presente aparte le permite a esta Sala sostener, que de los varios aspectos en juego alrededor de las regulaciones jurídicas enfiladas a prevenir el menoscabo de la salud de las personas que consumen tabaco, resulta especialmente relevante el alcance de la medida, respecto del nivel de injerencia que produce en el espacio privado de decisión del individuo. De igual manera es relevante distinguir tanto el carácter de la medida, en relación con el hecho de si con ella se busca la imposición de una conducta para disponer un modelo moral de vida o para salvaguardar bienes superiores, o incentivar o desestimular una actividad sin prohibirla, o garantizar condiciones de existencia dignas de la ciudadanía.

²⁸ Dentro de los ejemplos más comunes referidos en estudios dogmáticos, se presentan las políticas gubernamentales tributarias que pretenden desincentivar precisamente el consumo de tabaco o alcohol, mediante el establecimiento de altas tasas impositivas a su producción y consumo. Y, en el mismo sentido, aquellas en las que el Estado opta por proporcionar gratuitamente métodos anticonceptivos a las personas, como medida de estímulo a la realización de ciertas conductas. Este tipo de medidas son distintas a las de corte paternalista que requieren un control estricto de constitucionalidad, pues no suponen la imposición de una sanción so pretexto de realizar o no una actividad de auto-protección, sino la imposición de otras cargas que dejan intacto el margen de decisión del ámbito personal de los ciudadanos. En últimas, el Estado puede promocionar o degradar la realización de ciertas conductas o actividades, pero no puede en principio vulnerar la autonomía de los individuos a partir de la imposición de sanciones tendientes a castigar la ejecución o abstención de actividades, cuya única justificación es el propio bienestar de quien es objeto de la medida.

²⁹ DIETERLEN Paulette. “*Paternalismo y Estado Bienestar*”, en DOXA 5. Cuadernos de filosofía del Derecho. Ed. Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Alicante. 1988. Pág. 190.

³⁰ *Ibidem*. Pág. 191. Sobre el particular, como se hizo mención más arriba, se llamó la atención en la sentencia C-309 de 1997, en la que se afirmó que son constitucionalmente legítimas en un Estado fundado en la dignidad humana, medidas como la educación primaria obligatoria (CP art. 67), el carácter irrenunciable de la seguridad social (CP art. 48), o los derechos de patria potestad (CP art. 42), ya que en el fondo buscan proteger también la propia autonomía del individuo.

Antes del ejercicio estricto del control de constitucionalidad de esta clase de regulaciones, es indispensable que el juez constitucional determine a cuál de las anteriores alternativas corresponde la regulación analizada, ya que de ello dependerá la intensidad y la metodología del control. Pues, se insiste, las medidas de corte paternalista que requieren un control estricto de constitucionalidad, son aquellas que suponen la imposición de una sanción so pretexto de realizar o no una actividad de auto-protección. Y, son distintas de aquellas que respecto de alguna conducta imponen otras cargas pero dejan intacto el margen de decisión del ámbito personal de los ciudadanos. En últimas, el Estado puede promocionar o degradar la realización de ciertas conductas o actividades, pero no puede en principio vulnerar la autonomía de los individuos a partir de la imposición de sanciones tendientes a castigar la ejecución o abstención de actividades, cuya única justificación es el propio bienestar de quien es objeto de la medida.

(iii) Medidas dirigidas a restringir la actividad comercial de producción y comercialización de tabaco.

17.- Por otro lado, el prontuario de los aspectos ampliamente considerados en las discusiones sobre las políticas anti-tabaco, incluye el elemento relativo al conjunto de medidas jurídicas que se suelen tomar respecto de las empresas productoras y comercializadoras del tabaco (tabacaleras). La reflexión sobre el sentido de esta regulación, resulta útil para completar el panorama sobre el tema, y así la delimitación estricta del ámbito de participación de los jueces constitucionales en dichas discusiones. En efecto, tal como lo hicieron ver algunos intervinientes, uno de los puntos hacia los que se dirigen algunos de los condicionamientos que componen el paquete de políticas antitabaco, corresponden a medidas adoptadas con la intención de afectar lo que se denomina “el negocio del tabaco”. En este orden, los Estados hacen uso de la facultad legítima de intervención en la economía, así como de la posibilidad de fijar las condiciones de los mercados y de disponer las cargas impositivas en el sector empresarial.

Las alternativas con las que cuenta el Estado en estas materias, valga decir, dirección de la economía y del mercado, y la potestad tributaria, gozan en nuestro orden constitucional de un sólido respaldo en las normas de la Constitución y en la jurisprudencia de esta Corte. Así, en materia económica se ha sostenido que no sólo la definición misma de intercambio comercial

implica que éste es un conjunto de actividades organizadas, sino que el papel que la Constitución le otorgó al Estado frente a la economía, así lo dispone. En efecto, el artículo 334 superior contempla que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. En esa medida, de manera general la intervención estatal en la economía debe atender entre otros, a criterios de razonabilidad y equidad relativos en la protección de la libertad económica y al control y prevención de los abusos que en la dinámica económica se puedan presentar (art 333 C.N). Sobre el particular ha sostenido esta Corte:

“En el Estado social de Derecho, el principio de la libertad económica -y de las subsiguientes de empresa³¹ y de competencia³²- se sigue considerando como base del desarrollo económico y social y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidente con esta concepción, la Constitución Política en su artículo 333 expresamente reconoce a la empresa su carácter de promotor del desarrollo.”³³

De este modo, la facultad de intervención del Estado en la economía se presenta como la principal herramienta mediante la que éste ejerce la dirección y control de aquella. Para esto, la organización de quienes participan en el intercambio comercial proporciona al Estado las condiciones necesarias para dirigir y controlar de modo efectivo la actividad económica.

18.- En lo que interesa para el análisis del carácter económico de algunas de las medidas contenidas en las políticas antitabaco, se puede concluir que el ámbito de control de constitucionalidad en estos aspectos se refiere al deber de mantenimiento por parte del Tribunal Constitucional, de principios generales de razonabilidad y equidad, para que la economía en general y la actividad

³¹ [Cita del aparte transcrito] La libertad de empresa ha sido definida en los siguientes términos por esta Corporación: *“Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral”*. Sentencia C-524 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz),

³² [Cita del aparte transcrito] Sobre lo que debe entenderse por libertad de competencia, la Corte ha señalado: *“La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita.”* Sentencia C- 616 de 2001. (MP. Rodrigo Escobar Gil)

³³ C-615 de 2002, reiterada en la C-870 de 2003 y en la C-277 de 2006, entre otras.

comercial se desarrolle. Más allá de lo anterior, en principio se encuentra vedado para el juez constitucional el ejercicio de evaluación de este tipo de intervención, desde la lógica económica. Pues, la razonabilidad y la equidad en este aspecto se ven vulneradas sólo cuando hay una clara incidencia de alguna medida legislativa en los derechos fundamentales de los ciudadanos o se han trasgredido criterios que la misma Constitución establece como patrón de control, como son los juicios de eficiencia y sostenibilidad económica, distribución equitativa, planeación estratégica, modelo económico y de desarrollo, entre otros.

En otras palabras, el análisis del juez de control de constitucionalidad debe centrarse en la incidencia positiva o negativa de lo prescrito por las normas, en los derechos y deberes garantizados en la Constitución. Luego es esta afectación de dichos deberes y derechos la que determina el sentido del estudio de constitucionalidad, salvo que la misma Constitución ordene que el criterio principal que debe inspirar una norma legal sea su proyección económica.³⁴ Por ello de manera general, escapan al objeto de estudio de constitucionalidad de la Corte los análisis de conveniencia y eficacia económica de las normas.³⁵

19.- Ahora bien, no menos importante resulta el despliegue de estas potestades del Gobierno para estimular, desestimular, erradicar, restringir o controlar alguna actividad. En este aspecto la Sala considera que gozan de presunción de constitucionalidad las medidas que anteponen la pretensión de garantizar de manera más satisfactoria los derechos fundamentales, al pleno despliegue de los principios constitucionales de diseño de la economía y el mercado. Esto, en primer lugar, porque el principio de libertad económica debe aplicarse y desarrollarse de manera coordinada con el resto de principios de la Constitución; y en segundo lugar porque en el Estado Constitucional de Derecho existe un fuerte respaldo a la garantía de elección que hace el gobierno para delinear patrones de organización social. Sobre lo primero conviene citar *in extenso* la posición de esta Corte:

“Desde una óptica subjetiva, la libertad económica, que involucra la de empresa y dentro de ella la libertad de competencia que es su principio básico de operación, es un derecho no fundamental de todas

³⁴ Es el caso del artículo 339 de la Constitución que establece los criterios con los que se debe regular el Plan de Desarrollo. Así como también, el de la reforma al artículo 48 constitucional (Reforma Pensional - Acto Legislativo # 01 de 2005), en donde el constituyente derivado elevó a rango constitucional la “sostenibilidad económica” del sistema pensional.

³⁵ Cr. C-277 de 2006 (Fj # 40 y ss)

las personas a participar en la vida económica de la nación³⁶, que el poder público no sólo debe respetar, sino que, además, debe promover. Para ello debe remover los obstáculos que impiden el libre acceso a los mercados de bienes y servicios. En este sentido, la Carta explícitamente enuncia que <La libre competencia económica es un derecho de todos...> y añade que <El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica>.

No obstante, como todos los derechos y libertades, la económica y de empresa no son absolutas. Ellas tienen límites concretos que la Constitución expresamente menciona cuando afirma: <La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.> Además, la noción misma de empresa, similarmente a lo que sucede con el concepto de propiedad, es entendida como una función social que implica obligaciones. (C.P art. 333)

El instrumento por excelencia que permite a las autoridades lograr la efectividad de la función social de la empresa, es la actividad estatal de intervención en la economía. Esta intervención, según lo prevé el canon 334 superior, se lleva a cabo por mandato de la ley <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, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.> Así pues, el legislador puede intervenir la actividad económica, a fin de lograr los mencionados fines constitucionales.

Puede decirse que la actividad intervencionista del Estado en la economía pretende conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que

³⁶ [Cita del aparte transcrito] Sobre este punto la Corte ha hecho ver que “si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales *per se* y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares (C.P. art. 13 y 333). Por consiguiente, es viable predicar la *ius fundamentalidad* de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental², como por ejemplo el de igualdad. Corte Constitucional, Sentencia SU- 157 de 1999.

está involucrado en dicha actividad en ciertos casos, como en el de la prestación de los servicios públicos que se vincula a la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos. Por ello, en las normas de intervención que así expide el legislador, está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general.

6. De esta manera, si bien la libertad de empresa admite límites que se imponen mediante la intervención en la economía que se lleva a cabo por mandato de la ley 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. Por ello, en reiterada jurisprudencia la Corte se ha encargado de señalar los límites constitucionales que se imponen a la hora de intervenir la actividad económica de los particulares en aras del interés general. Al respecto, ha indicado 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;³⁷ iv) debe obedecer al principio de solidaridad³⁸; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad³⁹.⁴⁰

20.- Sobre lo segundo, la Sala considera pertinente explicar la importancia de no perder de vista el hecho de que la Constitución de 1991, no sólo garantiza el respeto por las opciones y formas de vida escogidas por las personas individualmente consideradas, sino que también defiende las elecciones y alternativas que la sociedad edifica mediante el proceso democrático. La selección de valores que la comunidad decide promocionar, obedecen a la implementación de una dinámica que subyace a la definición misma de lo que significa vivir sometidos al orden constitucional (Preámbulo y art. 1º de la Constitución). Esta dinámica pasa por el reconocimiento de que la fuente más importante de los lineamientos adoptados como parámetro de organización jurídica, es la construcción de la moral colectiva de dicha comunidad. Es decir, la construcción del

³⁷ [Cita del aparte transcrito] Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes.

³⁸ [Cita del aparte transcrito] Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁹ [Cita del aparte transcrito] Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁰ C-615 de 2002, reiterada en la C-870 de 2003 y en la C-277 de 2006, entre otras.

esquema axiológico que se utilizará como guía para desarrollar la vida en sociedad.

El papel del juez constitucional en el anterior contexto es mantener el equilibrio entre la vigencia de la Constitución y la vigencia de la moral social. Aquello que la comunidad ha elegido como valor guía no puede simplemente ser desconocido, pero tampoco puede anular los valores constitucionalmente establecidos. Por ello, los programas de regulación proyectados para difundir, incentivar o frenar alguna actividad determinada, deben ser analizados por el juez defensor de la Constitución, bajo la perspectiva de escrutar si las medidas para el fin en cuestión han transitado y se han instalado en espacios vedados o permitidos por la Constitución. De este modo, de acuerdo con el alcance de las normas constitucionales, las autoridades públicas pueden o no estar autorizadas para promocionar o degradar alguna actividad económica en especial, o para permitir o prohibir actividades como la pornografía o los juegos de azar, por ejemplo, si es que dichas regulaciones se han gestado en inquietudes morales de la comunidad. Ello es tanto así, que con base en sus constituciones, ciertos países atienden los resultados de construcciones morales de sus comunidades, como la de ostentar religiones oficiales, prescindir de ejército, establecer la pena de muerte, entre otros; aunque, ello no implica - o no debería implicar- la eliminación de principios constitucionales esenciales en los estados constitucionales de derecho.

También, incide en el logro del equilibrio entre la vigencia de la orientación axiológica de las normas constitucionales y el sentido de las alternativas de acción escogidas legítimamente por la comunidad, el contenido de la exigencia contemplada en el artículo 209 Superior, según el cual la administración pública *“está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (...) {y} debe coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.”*

Lo anterior, se constituye en un mandato dirigido a orientar el deber ser de la conducta de los ciudadanos en general, y por supuesto de las autoridades públicas, entre ellas los jueces constitucionales. Unos y otros tenemos el deber de actuar en forma coherente con los valores, principios y reglas que conforman el sistema jurídico vigente. Actuar éticamente

significa también cumplir y aplicar el derecho, no sólo por el carácter coercitivo de este, sino además porque existe un convencimiento pleno, una identidad con sus propósitos y con los valores y principios que éste pregona. Con ello, incluso las alternativas de conducta escogidas colectivamente (tal como las medidas que buscan restringir el consumo y acceso al tabaco), deben atender el contenido normativo de nuestro sistema jurídico. Este acatamiento es relevante, además porque contribuye con una cultura de cumplimiento del Derecho, esto es, de la legalidad.

21.- En punto de las políticas antitabaco, la situación no es distinta. Existe una fuerte conciencia actual gestada en las inquietudes de las comunidades de un buen número de países en el mundo, relativa a la inconveniencia del acceso y consumo sin restricciones del tabaco. La posición moral de la sociedad (así sea de un sector solamente) a este respecto, es la que ha impulsado la implementación de regulaciones jurídicas como la que aquí se analiza. Frente a lo cual, su conformidad constitucional habrá de determinarse únicamente por vía de, como se dijo, mantener el equilibrio entre la vigencia de la Constitución y la vigencia de dicha moral social, que no se puede desconocer o defender *per se*. Para ello, es relevante establecer solamente si se ha ingresado por medios respaldados o descartados por la Constitución, a espacios restringidos o permitidos por la misma. La consecuencia e importancia que la Corte encuentra en la anterior reflexión, radica en excluir de su competencia los escrutinios a la motivaciones que sustentan la posición moral frente al consumo de tabaco.

Como se dijo más arriba, para la Corte basta que respecto del consumo de tabaco, esté demostrada la afectación de la salud de terceros en alguna medida, y que exista autorización constitucional en ciertas condiciones y en ciertas otras se carezca de ella, para tomar medidas con la intención de modificar conductas de los ciudadanos, baste esto -se repite- para delinear un ámbito de discusión constitucional al respecto. Por lo cual no resulta entonces necesario evaluar, avalar o controvertir las posiciones morales sobre el ideal saludable o insalubre de ciertos grupos de personas, respecto del consumo del tabaco, siempre que se mantenga intacto el ámbito de decisión personal de los ciudadanos en este aspecto.

(iv) Conclusiones preliminares. Relevancia constitucional de las políticas antitabaco.

22.- De conformidad con lo explicado hasta ahora, la Sala encuentra que los asuntos susceptibles de debate que alimentan las discusiones sobre las políticas antitabaco, configuran un amplio espectro de temas e intereses en uno y otro sentido. Sin embargo, resulta claro que no todos estos asuntos tienen relevancia constitucional suficiente como para formar parte de los criterios que la Corte Constitucional debería considerar para ejercer control de constitucionalidad sobre las medidas que conforman las mencionadas políticas antitabaco. En este orden, el marco que describe la participación del juez de control de constitucionalidad en este tema debe erigirse a partir de las siguientes premisas:

- Queda excluida de la labor del juez de control de constitucionalidad, valoración alguna sobre la certeza del alto, medio o bajo grado de afectación de las personas no fumadoras en ambientes alterados por el consumo de tabaco. Su deber es la aplicación de la cláusula constitucional cuyo contenido es que *“todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás (...)”*⁴¹; con lo cual protege los derechos de los “fumadores pasivos” a la salud y al medio ambiente sano. Y, la autorización para ello es el reconocimiento de que el ambiente alterado por el consumo de tabaco incide de alguna manera, no positiva, en la salud de los “fumadores pasivos”, no importando en qué grado se de la afectación.
- Sobre las regulaciones jurídicas enfiladas a prevenir el menoscabo de la salud de las personas que consumen tabaco, es constitucionalmente relevante: **a)** el alcance de la medida, respecto del nivel de injerencia que produce en el espacio privado de decisión del individuo; **b)** el carácter de la medida, en relación con el hecho de si con ella se busca la imposición de una conducta para disponer un modelo moral de vida o para salvaguardar bienes superiores, o incentivar o desestimular una actividad sin prohibirla, o garantizar condiciones de existencia dignas de la ciudadanía.

⁴¹ Constitución de 1991. Artículo 16.

De este modo la intensidad y la metodología del control de constitucionalidad dependerá de los mencionados alcance y carácter de la regulación, donde las medidas de corte paternalista que requieren un control estricto de constitucionalidad, son aquellas que suponen la imposición de una sanción so pretexto de realizar o no una actividad de auto-protección; y no aquellas que respecto de alguna conducta imponen otras cargas pero dejan intacto el margen de decisión del ámbito personal de los ciudadanos.

- Se debe reconocer que el Estado está legítimamente autorizado para promocionar o degradar la realización de ciertas conductas o actividades, siempre que no vulnere la autonomía de los individuos a partir de la imposición de sanciones tendientes a castigar la ejecución o abstención de actividades, cuya única justificación es el propio bienestar de quien es objeto de la medida.

Así, el conjunto de medidas jurídicas tendientes a afectar la actividad las empresas productoras y comercializadoras del tabaco (tabacaleras), gozan de presunción de constitucionalidad a partir de la utilización de la facultad legítima de intervención en la economía, de la posibilidad de fijar las condiciones de los mercados y de disponer las cargas impositivas en el sector empresarial. El artículo 334 de la Constitución contempla que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, por lo que el ámbito de control a este respecto se circunscribe a determinar la incidencia de las medidas en los derechos de los ciudadanos y el respeto por criterios que la misma Constitución establece como patrón de control, como son los juicios de eficiencia y sostenibilidad económica, distribución equitativa, planeación estratégica, modelo económico y de desarrollo.

- A partir el criterio anterior, las motivaciones que sustentan la posición moral de la comunidad frente al acceso y consumo del tabaco, quedan excluidas del análisis relativo al control de constitucionalidad, y únicamente habrá de analizarse en este contexto si la regulación se ha logrado por medios respaldados o descartados por la Constitución, y si se ha situado en espacios restringidos o permitidos por la misma.

B) Sentido y alcance de la prohibición de venta de cigarrillos por unidades contenida en el párrafo del artículo 3º de la Ley 1335 de 2009.

23.- El contenido normativo demandado dispone la prohibición de venta de cigarrillo por unidades. Se encuentra en el Capítulo I de la Ley 1335 de 2009, relativo a las disposiciones sobre la venta de productos de tabaco a menores de edad, en el artículo 3º que establece que *“con el objetivo de salvaguardar la salud pública y evitar el acceso de menores de edad al tabaco y sus derivados, prohíbese la fabricación e importación de cigarrillos en cajetillas o presentaciones que contengan menos de diez (10) unidades.”*. Así, lo primero que debe aclararse, tal como lo hicieron ver algunos intervinientes, es que la prohibición objeto de análisis, no se circunscribe a la venta de cigarrillos por unidades a los menores de edad, sino que resulta una restricción general.

Esta interpretación surge del hecho de que el artículo 2º de la Ley 1335 de 2009 referida, prohíbe toda modalidad de venta de cigarrillos a los menores de edad. El mencionado artículo 2º dispone: *“se prohíbe a toda persona natural o jurídica la venta, directa e indirecta, de productos de tabaco y sus derivados, en cualquiera de sus presentaciones, a menores de dieciocho (18) años. En caso de duda, soliciten que cada comprador de tabaco demuestre que ha alcanzado la mayoría de edad.”* Así las cosas, la prohibición del párrafo demandado no puede entenderse dirigida únicamente a los menores, pese a que haya sido ubicada en el capítulo de las disposiciones sobre la venta de productos de tabaco a menores de edad, pues todas las modalidades de venta están prohibidas respecto de ellos. Luego, el sentido no puede ser otro distinto a que el párrafo acusado pretende establecer una prohibición general a la modalidad de venta de tabaco por unidades de cigarrillos, además de que existe también una prohibición de venta de cualquier producto y en cualquier modalidad derivado del tabaco a los menores de 18 años.

24.- De otro lado, el capítulo VII de la misma Ley 1335 de 2009 establece el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones contempladas en ella. Si bien la Sala no encuentra una sanción específica para la vulneración de la prohibición de venta de cigarrillos por unidad, el artículo 28 de la ley en mención dispone que *“las autoridades de policía realizarán procedimientos aleatorios de*

inspección, vigilancia y control a los puntos de venta, con el fin de garantizar el cumplimiento de la presente disposición". Lo cual permite concluir que las sanciones aplicables son administrativas y policivas. Además, porque las sanciones consagradas en el mencionado capítulo VII consisten en *"asistencia a un día de capacitación sobre los efectos nocivos del cigarrillo"* en el caso del artículo 24; en decomiso y destrucción en el artículo 27; en amonestación, multa y cancelación de licencia de funcionamiento en el artículo 31; y en multa en los demás artículos. Por lo cual no habría por qué presumir que la sanción en el caso de la trasgresión a la prohibición de venta de unidades de cigarrillos sea de índole distinta a las administrativas y policivas en mención.

25.- Conviene reseñar también que el sentido de la prohibición analizada se inscribe dentro del conjunto de medidas adoptadas por el legislador colombiano con el objeto de *"contribuir a garantizar los derechos a la salud de los habitantes del territorio nacional, especialmente la de los menores de 18 años de edad y la población no fumadora, regulando el consumo, venta, publicidad y promoción de los cigarrillos, tabaco y sus derivados, así como la creación de programas de salud y educación tendientes a contribuir a la disminución de su consumo, abandono de la dependencia del tabaco del fumador y se establecen las sanciones correspondientes a quienes contravengan las disposiciones de esta ley."*⁴² Es decir, corresponde al componente de políticas antitabaco adoptadas en nuestro país en el marco del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el control del tabaco, suscrito por Colombia.

Tanto el Convenio como su ley aprobatoria fueron objeto de estudio de constitucionalidad por parte de esta Corte en sentencia C-665 de 2007, donde se sostuvo que *"el 'Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco', hecho en Ginebra el veintiuno (21) de mayo de dos mil tres (2003), constituye un importante instrumento internacional para evitar y contrarrestar las nefastas consecuencias del consumo del tabaco, en especial para la salud y el medio ambiente. En este sentido se encuentra en consonancia con los artículos 9, 226 y 227 de la Constitución, disposiciones que orientan la política exterior del Estado Colombiano. De la misma manera, (...) la Corte interpreta que las medidas encaminadas a la reducción del consumo son acciones estatales"*

⁴² Artículo 1º Ley 1335 de 2009

dirigidas a concientizar a la población de las consecuencias adversas del consumo del tabaco (...)”

En relación con el alcance general de las políticas antitabaco la Corte resaltó que *“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.”*

26.- Por su parte, el legislador reiteró el sentido y alcance de la ley en general y de la prohibición sometida a control en el presente caso en particular, al tenor del Convenio Marco en mención, luego de las políticas antitabaco. Consignó en su exposición de motivos e informes de ponencia que *“numerosos estudios han demostrado que la mayoría de actividades adictivas, entre ellas el consumo de tabaco, de bebidas alcohólicas y el abuso de los juegos de suerte y azar se consolidan durante el proceso de formación de la personalidad del individuo, lo cual ocurre en los años de adolescencia. Por esta razón resulta imperativo que el Estado, en ejercicio de su función como guardián de la salud pública, se ocupe en prevenir que los menores de edad tengan acceso a productos y servicios que tengan la característica inherente de causar adicciones. Además, que no sean los destinatarios de mensajes publicitarios y de mercadeo que motiven el consumo de estos productos. (...) El informe del OMS en su estudio sobre tabaquismo 2002 denunció que en 100 países en los que se ha implementado la restricción a la publicidad a menores sí ha disminuido el consumo al llegar a la edad adulta y ha demorado la edad de iniciación.”*⁴³

⁴³ Gaceta del Congreso # 434 del 07/09/2007. Pág 16

Hizo especial énfasis en los problemas de salud y sociales que produce el tabaquismo, y sobre el particular llamó la atención sobre el hecho de que *“el gobierno debe tener en cuenta que los costos de los daños a causa del tabaco en términos de enfermedades derivadas del consumo sobrepasan enormemente el ingreso por impuestos, hablando en términos económicos.”*⁴⁴ Afirmó que la *“adicción crónica generada por el consumo del tabaco, que según especialistas en la materia produce tanto dependencia física como psicológica, así como daños irreversibles a la salud de los consumidores de forma directa e indirecta, es decir, aquellas personas que inhalan involuntariamente el humo del tabaco especialmente niños, mujeres embarazadas y adultos mayores. La nicotina, sustancia presente en el humo, es la que causa la dependencia.”*⁴⁵

Aportó estadísticas relativas a que *“en Colombia el tabaco es consumido en todos los estratos socioeconómicos y en todas las regiones del país, principalmente en forma de cigarrillos. Según la encuesta de ingresos y gastos del Dane, las familias colombianas destinan en promedio \$23.788 mensuales (pesos para el año 2002), para la compra de productos elaborados con tabaco (cigarrillos, cigarros, picadura, etc.), pero*

⁴⁴ *Ibídem*

⁴⁵ *Ibídem*. Presentó igualmente un sumario sobre la afectación a la salud: **“Problemas de Salud.** *El humo del tabaco ejerce un claro efecto nocivo y letal sobre la salud de las personas y el medio ambiente. Esta es una mezcla compleja, de más de 4.000 sustancias, entre las más conocidas tenemos, nicotina, monóxido de carbono, alquitrán, por mencionar algunas y es sabido que una parte importante de estas sustancias son altamente tóxicas para el ser humano. Pero lo más grave de este problema, es la constatación científica que da muestras de que más de 40 de estos compuestos están asociados al cáncer.*

El tabaco es causante directo o factor de riesgo de muchas enfermedades como los trastornos cardiovasculares, respiratorios (enfisema pulmonar, bronquitis crónica), cerebrales (trombosis, infartos), cáncer (pulmón, faringe, esófago, vejiga, páncreas), cataratas, infertilidad, complicaciones durante el embarazo y parto, nacimientos de niños de bajo peso, o con defectos congénitos, abortos espontáneos, partos prematuros, así como muerte súbita del recién nacido. Además, el tabaquismo aumenta la morbilidad es decir, los fumadores, sufren muchas más enfermedades.

Destacamos también la disminución del rendimiento físico (es típica la fatiga de los fumadores ante los esfuerzos deportivos, aunque sean personas muy jóvenes), y otros aspectos como el mal aliento y manchas en los dientes, que pueden ser causa de rechazo en las relaciones sociales.

No debemos tampoco olvidar los efectos adversos y perversos que tiene sobre la piel, siendo una causa de su envejecimiento prematuro. De igual forma, atrofia el sentido del olfato y del gusto.

Sin embargo, es muy poco lo que se está haciendo en nuestro país para trabajar en la prevención de estas, y otras enfermedades que tienen como causa el CONSUMO DEL TABACO.”

principalmente cigarrillos, a los cuales se destina el 99% de estos recursos. En algunas áreas rurales es popular el consumo de cigarros criollos y en los últimos años ha aumentado la importación de cigarros puros. El gasto mensual de las familias en los productos elaborados con tabaco representa el 4,4% del gasto total en alimentos y bebidas. El consumo aparente de tabaco en Colombia creció cerca del 5,1% anual durante el período 1991-2005. Este comportamiento es contrario al presentado en general en el mundo, donde el consumo se redujo en 1,46% anual durante estos años. La reducción en el consumo mundial está explicada por el estancamiento en la producción y las fuertes campañas emprendidas por los organismos de salud en los países desarrollados, que condujeron a que en estos países disminuyeran la demanda. Por ejemplo, en Estados Unidos el consumo aparente se redujo en casi un 3% anual, en Italia el 2% y en Japón el 1%.”⁴⁶

Por último, sustentó la necesidad de medidas como la prohibición de venta de cigarrillos por unidad, entre otras, para lograr restricciones en la venta y acceso al tabaco, y manifestó expresamente su intención de unificar los reglamentos municipales y distritales en relación con esta modalidad de venta. *“El primer paso en el proceso regulatorio de este tipo de productos y servicios es el de prohibir su venta a menores de edad. Esto, en el caso colombiano, se traduce en la prohibición absoluta de venta y distribución de productos de tabaco y sus derivados. Lo anterior con el fin de aclarar vacíos legislativos que existen en nuestro ordenamiento jurídico y que se han prestado para interpretaciones variadas, en el caso del consumo de tabaco donde no es claro si la prohibición actual es para menores de 18 años, menores de 14, o simplemente no existe prohibición alguna. Adicionalmente, se busca unificar la legislación y reglamentación nacional, departamental y municipal en esta materia, además se busca reglamentar la venta por*

⁴⁶ *Ibíd.* Además se afirmó que *“En los países desarrollados se han emprendido fuertes campañas que buscan desestimular el consumo de los derivados del tabaco, especialmente el cigarrillo, debido a los problemas que este genera en la salud de los consumidores y los altos costos en los tratamientos que por estas enfermedades deben enfrentar los sistemas nacionales de salud. Respecto a las medidas antitabaquismo, fumar en Colombia es menos restringido que en cualquier parte del mundo, muy pocos restaurantes colombianos tienen áreas de no fumadores, se permite fumar en muchas empresas privadas y entidades oficiales, escenarios, que pretenden ser regulados con el proyecto de ley que se analiza.”*

unidades, esto facilita controlar el acceso a los jóvenes a la compra de los productos del tabaco.”

Conclusiones preliminares sobre el sentido y alcance de la norma demandada.

27.- Como se ve, Colombia se ha plegado a la dinámica de la lucha contra el consumo de tabaco, y las razones esgrimidas para ello por el legislador son en esencia las mismas que la OMS sometió a consideración de los países firmantes del Convenio Marco del que se ha hablado a lo largo de esta sentencia; consistentes principalmente en la afectación a la salud producida por el consumo de tabaco. De igual manera, ha sido explícita la búsqueda de medidas como la que se estudia so pretexto de restringir el acceso al tabaco, lo cual demuestra que la intención de estas regulaciones es también disminuir e incluso erradicar la demanda de este producto, y no sólo defender derechos de terceros (“fumadores pasivos”, menores de edad, familiares de los fumadores, entre otros).

Es claro también para la Corte, que la medida objeto de control procura dificultar el acceso al consumo de tabaco, pero no lo pretende mediante la prohibición del consumo en sí mismo, sino que se dirige a limitar una modalidad de venta del producto. Además de que su incumplimiento daría lugar a sanciones administrativas o policivas, relativas a amonestaciones, multas, decomisos o sanciones pedagógicas relacionadas con la asistencia a sesiones informativas.

Aclarado el contexto dentro del cual es pertinente adelantar el debate constitucional sobre la norma demandada, así como el sentido y alcance de ésta, de acuerdo a las conclusiones extractadas la Sala analizará a continuación los cargos presentados por la demandante.

C) Análisis de los cargos.

(i) Primer cargo.

28.- Tal como quedó consignado en el acápite pertinente, la actora considera que la prohibición de venta por unidades de cigarrillo es desproporcionada. La premisa de partida del cargo fue reconstruida por la

Corte en la hipótesis según la cual, para invadir el derecho de autodeterminación personal de los ciudadanos que consumen tabaco con la prohibición de venta de cigarrillos por unidad, esta prohibición debería producir efectos directos de prevención y disminución del consumo, y en esa medida el sacrificio de dicho derecho valdría la pena en consideración de aquello tan valioso que se consigue respecto del consumo (prevención y disminución). Con lo cual para la demandante, como no existen tales efectos en la prevención y disminución del consumo, entonces la invasión al derecho de autodeterminación personal es injustificada, por lo cual la medida es inconstitucional por sacrificar injustificadamente un derecho constitucional.

Sobre el particular, se pregunta la Sala en primer término, si es cierto el presupuesto del que parte la acusación, esto es la invasión en la autonomía personal de los ciudadanos. Y, se encuentra que no existe tal injerencia en las posibilidades de ejercicio de autonomía de decisión de las personas de consumir o no tabaco. Por ello no es viable siquiera analizar su proporcionalidad en los términos planteados en escrito de la demanda.

29.- En efecto, la prohibición de venta de cigarrillos al menudeo pretende influir de alguna manera en la conducta de quienes consumen o pretenden consumir tabaco, pero se inscribe dentro de aquellas medidas que procuran dificultar la realización de la conducta en cuestión, mediante restricciones accesorias al hecho mismo, para el caso, el consumo de tabaco. En este orden, no existe afectación del margen de decisión autónoma del ciudadano, y el respeto por los ideales y proyectos personales sobre lo que implica el auto-cuidado de la salud de cada colombiano ha quedado intacto con la vigencia del contenido normativo estudiado.

Las posibilidades constitucionales de intervención en la regulación del mercado por parte del Estado, permiten que se tomen medidas con el único objeto de desestimular, desincentivar o restringir la realización de una actividad, cuando estas medidas no extienden sus efectos a la restricción de derechos constitucionales. La Sala no encuentra plausible la consagración de un derecho consistente en privilegiar alguna modalidad de comercialización de tabaco, por lo cual este aspecto puede ser regulado de la manera que el legislador considere conveniente. Y, el derecho que la demandante alega está en juego, realmente no lo está, pues se insiste en

que a partir de la prohibición objeto de control, ninguna persona mayor de edad tiene prohibido fumar.⁴⁷

30.- Ahora bien, si la prohibición es o no adecuada para conseguir los fines que se propone, los cuales según el análisis de la exposición de motivos de la Ley 1335 de 2009 corresponden al deseo de prevenir y disminuir el consumo de tabaco tal como lo afirma la actora, es un asunto que carece completamente de relevancia constitucional. Esto, en tanto si la respuesta llega a ser que la medida no se adecua a lo que persigue, se presentaría un problema de ineficacia de la norma y no de inconstitucionalidad. Pues, como quiera que no hay sacrificio de derecho constitucional alguno, como se ha explicado, entonces el juicio de proporcionalidad en los términos planteados por la demandante no procede. Adicionalmente, los eventuales problemas de eficacia de las disposiciones normativas no son en principio problemas de constitucionalidad de las mismas, y mucho menos razones suficientes de inconstitucionalidad.

En este punto, debe quedar claro que la Corte no ha afirmado que la medida estudiada es adecuada o inadecuada respecto de lo que el legislador dijo que quería lograr con ella. Simplemente se ha sostenido que este aspecto no incumbe al análisis de constitucionalidad porque la presunta inadecuación no involucra el sacrificio de principios contenidos en la Constitución.

31.- Tampoco, la motivación de la prohibición analizada, que por obvias razones coincide en términos generales con la motivación de las políticas antitabaco, amerita la realización de un test de proporcionalidad. Es decir, tampoco resulta un argumento suficiente el hecho de que como las políticas antitabaco podrían atender a justificaciones paternalistas entonces se debería considerar siempre ante estas medidas la posible afectación del derecho de autonomía personal (art. 16 C.N). Esto es así, por cuanto la medida, como ya se afirmó varias veces, no está dirigida a la conducta de consumo de tabaco, sino a una modalidad de su venta. Por lo cual, del hecho que exista una cierta posición moral frente al consumo de tabaco, con base en la cual se justifique el componente de medidas de las políticas antitabaco, no implica que no sean legítimas aquellas restricciones

⁴⁷ Respecto de la prohibición dirigida a los menores, como se explicó más arriba, esta deriva de otra norma distinta a la demandada y amerita un análisis desde la obligación constitucional de protección especial y prevalente a los menores, que no es el caso.

dirigidas a eventos accesorios a la conducta objeto de la mencionada posición moral. Precisamente, como se presumiría inconstitucional prohibir una conducta sólo porque a algún sector le parece inmoral, entonces el derecho legítimo del Estado a degradar alguna actividad no puede manifestarse mediante la prohibición de dicha actividad, sino que tiene que conseguirlo por medio de las herramientas legítimas con las que cuenta, como son la regulación de la economía y del mercado, entre otras.

32.- Por las razones expuestas, la Corte Constitucional considera que no prospera el cargo relativo a que la falta de adecuación de la medida implica su falta de proporcionalidad y consecuente inconstitucionalidad, por sacrificar derechos constitucionales de manera injustificada (el derecho de autonomía personal del artículo 16 de la Constitución); y la razón principal de ello es que no existen derechos constitucionales sacrificados, por lo cual ni siquiera resulta pertinente analizar la adecuación de la norma a los fines perseguidos, pues ello corresponde a un problema de eficacia de la disposición y no a uno de constitucionalidad.

(ii) Segundo cargo.

33.- En relación con la segunda consecuencia presuntamente inconstitucional de la supuesta falta de proporcionalidad de la prohibición demandada, la actora asevera que para afectar la ventas, luego el derecho al mínimo vital y el principio de solidaridad respecto de la población de vendedores ambulantes con la prohibición de venta de cigarrillos por unidad, esta prohibición debería producir efectos directos de prevención y disminución del consumo de tabaco, y en esa medida el sacrificio de dichos derechos valdría la pena en consideración de aquello tan valioso que se consigue respecto del consumo (prevención y disminución). Y, - continúa- como no existen tales efectos en la prevención y disminución del consumo, entonces la vulneración del mínimo vital y del principio de solidaridad es injustificada, por lo cual la medida es inconstitucional por sacrificar injustificadamente los mencionados derechos constitucionales.

Para analizar esta hipótesis de la demandante, la Corte considera conveniente llamar la atención preliminarmente sobre el hecho de que el cargo se basa en la demostración fáctica de una tendencia del comportamiento de una actividad comercial. La actora parte de la idea según la cual al no poderse comercializar los cigarrillos por unidad

entonces se afectan las ventas de los comerciantes, pero esta idea en sí misma no estructura una acusación que de lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad; sino, la idea que soporta la supuesta inconstitucionalidad es la premisa consistente en que la afectación de las ventas es tal entidad que afecta el mínimo vital.

34.- En este orden, la proposición sobre la que se asienta el segundo cargo es precisamente, la presunta consecuencia que tiene la modificación de la modalidad de venta de los cigarrillos. Pero, a juicio de la Corte esta consecuencia no depende por completo, o no se da por el sólo hecho de demostrar que en efecto quienes comercializan cigarrillos van a ver alterada sus ventas cuando no se les permita comercializarlos al menudeo. Y, no es suficiente demostrar la afectación en mención, porque ésta resulta obvia, teniendo en cuenta que el sentido de la norma es justamente alterar las modalidades de venta de cigarrillo. Por el contrario, para la Sala es bastante claro que la demostración que debe mediar para que prospere el cargo y se demuestre la inconstitucionalidad, es la relativa a que el grado de afectación en las ventas es tal que los comerciantes encuentran amenazado su derecho al mínimo vital. Es decir, la medida los aboca a una situación en la que ven amenazada sus posibilidades de subsistencia.

35.- Por ello, la pregunta que a juicio de esta Corporación debe responderse en relación con el segundo cargo, es si existen suficientes razones para concluir que la afectación a las ventas es de un grado tan dramático, que genera imposibilidad de subsistencia o al menos la amenaza de manera cierta. En este orden, la Corte Constitucional considera que no existen suficientes elementos de juicio para demostrar tal grado de afectación en las ventas de quienes comercializan las ventas de tabaco. Muy por el contrario, existen más razones para concluir que la alteración en el negocio de la venta de cigarrillos no amenaza el derecho al mínimo vital, ni siquiera en el caso de los vendedores ambulantes.

36.- En efecto, lo primero que habría que recordar, es que tal como se ha dicho a lo largo de esta providencia, la disposición objeto de control no ha prohibido la venta de productos derivados del tabaco, por lo cual si la demanda de consumo se mantiene entonces la afectación vendría dada únicamente por la restricción en la modalidad de acceso al producto, es decir por el hecho de que una persona ya no lo puede adquirir sino por cajetillas. Esto trae una consecuencia consistente en que, como bien lo

sostuvieron la actora y los intervinientes que solicitaron la inexecutable por este cargo, la prohibición podría aumentar la adquisición de tabaco porque el fumador no puede comprar una unidad luego la opción que le quedaría sería comprar la cajetilla, situación que necesariamente trae como consecuencia la venta de una cajetilla y no la de una unidad; lo que a primera vista parecería incremento en las ventas. Pues, sin entrar en detalles de técnica y teoría económica, al menos de manera sumaria es posible afirmar en la mayoría de los casos que a mayor consumo mayores ventas.

De otro lado, el estudio de las ganancias económicas con ocasión de la comercialización de cigarrillo resulta de muy difícil análisis, como para ser utilizado como un hecho demostrado tendiente a sustentar una situación objetiva. Resulta poco probable encontrar un grupo de comerciantes que se dedique exclusivamente a la venta de cigarrillos por unidad, caso en el cual la prohibición ni siquiera amenazaría las posibilidades de subsistencia, porque, se repite, siempre puede comercializarse el tabaco por cajetillas. Por ello, le asiste razón a quienes en sus intervenciones resaltaron la venta de tabaco por unidad como una actividad dentro de innumerables posibilidades comerciales, sobre todo en el caso de los vendedores ambulantes.

Ahora bien, afirmar que la modalidad de venta que se restringe funge como la más rentable, carece de la objetividad suficiente para ser utilizada como premisa fáctica. Esto, en tanto no está demostrado, y difícilmente podría hacerse, en qué medida la presunta rentabilidad se deriva de la actividad misma de vender tabaco o de la modalidad que se utiliza para venderlo. Es decir, tal como se afirma que es rentable la venta de tabaco por unidad, porque se prefiere por parte del consumidor adquirirlo por unidad, se podría igualmente afirmar que es rentable la venta de tabaco porque es tabaco, independientemente de si se accedió a él por compra de unidades o cajetilla, caso en el cual la venta se realiza y la rentabilidad se mantiene. De ahí que la afectación a las ventas no encuentre suficiente sustento para ser valorada como lo propone la acusación.

37.- Como se ve, para aceptar la premisa de partida del segundo cargo resulta necesario entrar en la presentación de razones de orden fáctico, que no pueden ser objetivadas de manera satisfactoria para derivar la plausibilidad del hecho que la actora encuentra demostrado, cual es que la afectación en las ventas a raíz de la prohibición es tan determinante que

modifica las posibilidades de subsistencia de quienes suelen vender cigarrillos por unidades.

También, como se dijo antes, teniendo en cuenta que la norma busca expresamente afectar el comercio de tabaco mediante la restricción de una de sus modalidades de venta, se debe considerar que dicha prohibición no entra en vigencia sino dos años después de la expedición de la Ley. Por ello, este margen de tiempo debe interpretarse como la posibilidad, para quienes comercializan con tabaco, de sortear los efectos de la medida. Por ejemplo, mediante la diversificación de la mercancía. Al tenor de esto, es menos probable llegar a la conclusión pretendida por la actora, en el sentido de que la medida amenazaría la subsistencia de los comerciantes.

Como quiera que el presupuesto del segundo cargo no es cierto porque no está demostrado, al igual que sucedió con el primer cargo, no puede aducirse el sacrificio de derecho constitucional alguno. Por lo cual tampoco resulta viable estudiar la proporcionalidad de la norma en el sentido planteado por la demandante.

Así, no resulta coherente adentrarse en el análisis de si la norma no consigue lo que persigue, entonces ha sacrificado injustificadamente derechos constitucionales, si como se ha dicho tal sacrificio no existe. Y, muy por el contrario parece haber más razones para concluir que la de modificación en las ventas de cigarrillo introducida por la disposición acusada, surge la posibilidad de vender siempre cajetillas, lo que podría interpretarse como más consumo, luego mayor venta.

38.- Resta explicar, como se advirtió más arriba, que para la Corte es claro que la norma tiene la intención explícita de modificar las modalidades de venta de los cigarrillos, y ello no es más que la intervención legítima del mercado en la regulación que el Estado hace del comercio. Tal como fue explicado en el acápite pertinente, este tipo de intervenciones y regulaciones del mercado goza de presunción de constitucionalidad en tanto no amenace o vulnere derechos constitucionales, que no es el caso según se acaba de exponer. Por las razones anteriores el segundo cargo tampoco puede prosperar, pues la Sala encuentra que la prohibición de venta de cigarrillos por unidades no interfiere en las posibilidades de subsistencia de quienes suelen comercializar el tabaco de dicha manera, luego no se

vulnera el derecho al mínimo vital, ni se ha incumplido por ello mismo con el mandato de solidaridad (art. 13 C.N).

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos estudiados en la presente sentencia, el párrafo del artículo 3° de la Ley 1335 de 2009.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada
Aclaración de voto

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

