

Iter Ad Veritatem

8



Facultad de
Derecho



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

Experiencia y Calidad



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA **A**
COLCIENCIAS

Iter Ad Veritatem	Tunja Colombia	N° 8	pp. 01 - 310	Anual	2010	ISSN: 1909-9843
-------------------	-------------------	------	--------------	-------	------	-----------------

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO
ITER AD VERITATEM
N° 8**

Tunja, 2010

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	N° 8	pp. 1-310	Enero Diciembre	2010	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

ENTIDAD EDITORA

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

DIRECTOR

Ph. D. Ciro Nolberto Güechá Medina

EDITOR

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

NÚMERO DE LA REVISTA

Ocho (8)

Resultado de los trabajos de 2010

Periodicidad

Anual

ISSN

1909-9843

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co

dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador Portada: Santiago Suárez Varela

Corrección de Estilo: Mg. Eyder Bolívar Mojica.

Revisión inglés: Sara Lorena Alba Palacios, Mónica Paola Silva

Tovar y Diego Alejandro López Laitón

Monitora Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

Paola Torres, Semillero de Investigación en Derecho

Administrativo

Estudiantes participantes: Sara Lorena Alba Palacios, Mónica

Paola Silva Tovar y Diego Alejandro López Laitón

Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.
Rector Seccional

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico

Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho

DIRECTOR

Ph. D. Ciro Norberto Güecha Medina
Decano de Facultad

EDITOR

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO

Ph.D. Pierre Subra de Bieusses
Universidad París X, Francia

Ph.D. Pablo Guadarrama
Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph.D. Natalia Barbero
Universidad de Estudios a Distancia, España.
Universidad de Sevilla, España.

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL.

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico.

Mg. Galo Christian Numpaque Acosta.
Director Centro de Investigaciones.

Mg. Andrea Sotelo Carreño.
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo.

COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.

Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres
Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García
Madison University, Estados Unidos.

C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez
Universidad de Antioquia, Colombia.

C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera
Universidad Carlos III, España.

CORRECTORES DE ESTILO

Mg. Eyder Bolívar Mojica
Investigador en Derechos Humanos.

Mg. Andrea Sotelo C.

PARES ACADÉMICOS

Ph. D. (c) Fabio Iván Rey Navas

Abogado, profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal”, de la Universidad de Salamanca. Correo electrónico: abogadorey@gmail.com

Mg. Eyder Bolívar Mojica

Abogado, docente Investigador de la USTA- Tunja, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, miembro del grupo de investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Mg. en Derechos Humanos UNLP, Mg. (c) en Relaciones Internacionales UNLP, Esp. en Derecho Penal UBA. bolivarabogados@yahoo.com.ar.

Mg. (c) Miguel Andrés López Martínez

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Mg. (c) en Derecho Administrativo, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá; Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, de la Universidad Santo Tomás de Tunja. Correo de contacto: maloma11@hotmail.com.

Mg. (c) Héctor Julio Prieto Cely

Abogado Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Nuestra Señora del Rosario; Especialista Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia; Magister (c) en responsabilidad de la Universidad Externado de Colombia; Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Esp. Rubén Darío Serna Salazar

Abogado de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja; especialista en Derecho Tributario de la Universidad del Rosario. Abogado Asesor de la Asociación de Consumidores de Manizales y Caldas; Presidente de la Liga de consumidores de Tunja; Docente de pregrado USTA Villavicencio y Tunja, y Asesor de Consultorio Jurídico.

CONTENIDO

EDITORIAL	13
PRESENTACIÓN	15
SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL	17
Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública	19
Edwin Hernando Alonso Niño	
Responsabilidad del estado por operación de guerra u operación militar	37
Ariana Alexandra Gutiérrez Garzón Lizzete Andrea Sánchez Bernal	
La pena y su rebaja en el bicentenario de la independencia de Colombia	59
Lina Marcela Martínez Sarmiento María Antonia Perilla Cárdenas	
Graduación de responsabilidad disciplinaria frente a los servidores públicos ..	75
Diego Alejandro López Laitón Mario Alfonso Villate Barrera	
La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial	89
Nubia Lorena Daza López	
SECCIÓN II. FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO	105
El “espíritu” del pueblo colombiano en la configuración de las instituciones de derecho civil: Propiedad	107
Nonny Carolina Benavides Martín Nayibet Isabel Acosta Roa	
El espíritu del pueblo colombiano en el trasfondo histórico de la pena	119
Nayibet Isabel Acosta Roa	

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	Nº 8	pp. 1-310	Enero Diciembre	2010	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

Ley 1258, ¿un retroceso en las garantías laborales?	129
Edison Fernando Vargas Nieto	
Protección jurídica del bien jurídico de la seguridad vial en Colombia, análisis del proyecto de ley 110 del senado	147
Luis Ricardo Carreño Garzón	
La inteligencia estatal en Colombia: su aplicación e implicaciones frente al derecho a la intimidad y libertad personal	157
Adriana Astrid Sierra Pinilla	
La violación del principio de progresividad en derecho laboral	173
Ángela Mercedes Cárdenas Amaya	
La dogmática del bloque de constitucionalidad en Colombia	191
Martha Angélica Salinas	
La racionalidad como exigencia hermenéutica en la actividad del juez constitucional	205
Ángela Marcela Robayo Gil	
Prohibición del Tabaco: La Sentencia C-639 De 2010, proporcionalidad y ponderación	225
Fernando Tovar Uricoechea	
SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS	243
La configuración de la manifestación de la voluntad en la formación del contrato electrónico	245
Sara Lorena Alba Palacios	
El derecho a la vida y su acepción como derecho fundamental, un análisis frente a la paradoja entre el aborto y la eutanasia	267
Edwin Hernando Alonso Niño	
El desarrollo del núcleo esencial del derecho a la educación en el marco de las políticas públicas colombianas	277
Elizabeth Vargas Salcedo Genny Paola Espitia Raba	
Responsabilidad del perito contable en la entrega de la prueba pericial en el proceso judicial colombiano	289
Martha Liliana Hurtado Pedraza	

EDITORIAL

Iter Ad Veritatem es una publicación académica destinada para la divulgación de los resultados de investigación de nuestros estudiantes, nuestro orgullo, esta cantera donde se forjan los héroes del futuro y del presente, donde se fortalecen mentes y espíritus, marca claramente nuestra vocación como institución humanista, y en donde se espera formar a quienes luchen por la justicia del mañana.

Sentencia en uno de sus memorables escritos el genio literato ruso León Tolstoi¹ que todas las luchas políticas por las diversas formas de gobierno son simplemente, como áridos campos donde se vierte sangre de compatriotas y de los cuales no se puede esperar ningún fruto. Nuestras organizaciones, Gobiernos, Estados, Instituciones, son simplemente la disposición de la leña para la hoguera, la cual, no importa como se organice, nunca podrá arder mientras esté verde, en cambio, la madera seca arde sin importar como se le coloque.

¿Qué hace el tránsito de verde a seca en esta leña?, la madurez claro está, pero madurez no es perder la alegría o las ganas de jugar, sino lograr el desarrollo integral como persona de mente abierta y un espíritu firme, ser maduro en el espíritu significa ser un ciudadano ético. Y por lo tanto, la única educación consiste en formar en y para la ética.

Ética que si solo es moralidad, se traduciría en impotencia, pero si solo se tiene la fuerza y la sabiduría se convertiría en un monstruo ilustrado. Por eso como humanistas y educadores creemos en la formación integral de nuestros estudiantes para que simultáneamente y sin priorizar alguna, se forje en su espíritu la luz y la templanza, sinónimos de moral y sabiduría, las cuales vencen en términos de Santo Tomás, la doble oscuridad en que hemos nacido, el pecado y la ignorancia.

El editor.

Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

1 León Tolstoi, Obras completas. Editor Carbonell y Esteva, 1905

PRESENTACIÓN

Dentro de la panorámica investigativa de la Teoría del Derecho se encuentran múltiples estudios en busca de la permanente visualización del dinamismo de las ideas filosóficas del Derecho, que conforman los elementos esenciales de los derechos fundamentales, de los derechos humanos y de los mecanismos de protección conforme a la validez jurídica, la moralidad y la persecución de la eficacia de los derechos que protege, al priorizar el derecho sustantivo frente al derecho procesal y el procedimental.

Por lo tanto, la Revista *Iter Ad Veritatem* N° 8 ha querido enfatizar en la sección Segunda con la “Fundamentación del Derecho” en sus distintas ramas como civil, penal, laboral y constitucional; al analizar históricamente la institución jurídica de la propiedad y el trasfondo de la pena en Colombia; la realidad actual de las garantías laborales, la seguridad vial, la responsabilidad compartida entre el autor y la víctima en la comisión del delito, el derecho a la intimidad y libertad personal frente a la inteligencia estatal Colombiana, entre otros.

De igual forma, se plasman artículos producto de los diferentes proyectos y semilleros de investigación que hacen parte del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, componiendo una muestra de la producción institucional y el potencial humano con el que cuenta nuestra comunidad académica. El derecho permite observar la realidad desde diferentes aristas, bajo las cuales se discierne y se enfoca en temas de derecho público, penal y constitucional, sobre los cuales centra su atención la producción intelectual de nuestros estudiantes: los contratos por la administración pública, las operaciones de guerra u operaciones militares, la rebaja de penas por el bicentenario y otras fechas que han sido memorables para Colombia, la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos y el precedente jurisprudencial, conforman la sección primera denominada “Artículos de producción institucional”.

Por otro lado, se ha dispuesto una tercera sección que hace alusión a “Temáticas internacionales, extranjeras o comparadas”, teniendo en cuenta la importancia de las telecomunicaciones en el derecho, la evolución del mismo en otros países y su aporte al ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta la trascendencia del derecho en la realidad social; dentro de los temas que son abordados, encontramos el contrato electrónico, el aborto y la eutanasia, el núcleo esencial del derecho a la educación en Colombia, y la responsabilidad del perito contable en la prueba pericial dentro del proceso judicial colombiano.

Asimismo, se espera que esta publicación sea de agrado y cumpla con las exigencias académicas del derecho y del lector, aportando un grano de arena a incentivar la generación de espacios de reflexión, en materia jurídica y demás áreas afines, entendiendo la investigación como convicción y legado de Santo Tomás de Aquino, en buscar cada día ser “Facientes Veritatem” (hacedores de la verdad).

Sara Lorena Alba Palacios

Monitora Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

SECCIÓN II:
FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO

SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL TABACO: LA SENTENCIA C-639 DE 2010, PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN

Fernando Tovar Uricoechea*

RESUMEN**

En el presente trabajo observaremos un análisis detallado del fallo que estudió la constitucionalidad del parágrafo del artículo 3° de la Ley 1335 de 2009, el cual prohibió la venta de cigarrillos al menudeo a partir de julio del presente año, posteriormente, vamos a confrontar los argumentos del Tribunal Constitucional colombiano, con la teoría de ponderación y proporcionalidad vertida por el Profesor Robert Alexy, la cual vamos a repasar de forma breve y concisa, de esta manera podremos determinar el nivel de acierto de las consideraciones de la Corte, todo esto para poder establecer si pueden existir nuevos argumentos que fundamenten una demanda distinta a la presentada.

PALABRAS CLAVE

Proporcionalidad, ponderación, venta de cigarrillos al menudeo.

ABSTRACT

In the present work we will observe an analysis of carved of the failure that I study the constitutionality of the paragraph

* Estudiante de VIII Semestre de Derecho, adscrito al Semillero de Investigación en Estudios de Jurisprudencia Constitucional. Correo: fer_rocks17@hotmail.com

** *Artículo de Investigación vinculado al Semillero en Responsabilidad por Prestación de Servicios Médicos, adscrito a la línea de investigación en Derecho Administrativo y Responsabilidad Estatal. Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.*

of the article 3 ° of the Law 1335 of 2009, which prohibited the sale of cigarettes to the retail from July of the present year, later we are going to confront the arguments of the Constitutional Colombian Court, with the theory of weighting and proportionality spilt by the Teacher Robert Alexy, which we are going to revise of brief and concise form, hereby we will be able to determine

the level of success of the considerations of the Court, all of this in order to establish whether there can be new arguments that lay the foundation for a different demand to the submitted.

KEY WORDS

Proportionality, weighting, sale of cigarettes to the retail.

SUMARIO

I. Aspectos preliminares. 1. Introducción. 2. Justificación. 3. Objetivos. Objetivo general. Objetivos específicos 4. Problema jurídico. 5. Hipótesis. 6. Método de investigación. II. Desarrollo del trabajo. 1. Análisis sentencia c-639 de 2010. 1.1 Hechos. 1.2. Consideraciones de la corte. 1.3 Decisión. 1.4 Conclusiones de la sentencia. 2. La ponderación de Robert Alexy. 2.1 La ley de la ponderación. 2.2 El test de proporcionalidad 2.3 El test de proporcionalidad en la praxis. 3. Nuevos argumentos a favor de la inexequibilidad. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

I. ASPECTOS PRELIMINARES

1. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia del parágrafo artículo 3 de Ley 1335 de 2009, a partir de julio de 2011 se proscribió la venta de cigarrillos por unidad, medida aplicada dentro de una norma que establece el marco legal de aplicación de políticas públicas destinadas a prevenir el consumo de Tabaco, que a su vez se traza el objetivo de garantizar el derecho a la salud de personas no fumadoras y menores de edad, como también contribuir a la disminución de consumo y dependencia del tabaco.

Así las cosas, en el presente trabajo procederemos a analizar la fuerza argumentativa con la que la Corte

Constitucional se ha referido al tema, entre tanto observaremos qué tan razonable es esta norma y si en verdad contribuye a la preservación del derecho a la salud o por el contrario no solo resulta ser una medida inadecuada sino también nociva frente a tan importante derecho constitucional e ineluctablemente generándose una abierta contradicción entre el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1335 de 2009 y la Norma de normas.

De otro lado, está comprobada la afectación directa del consumo del tabaco sobre la salud, tanto de fumadores como de personas expuestas al humo del cigarrillo, al respecto la Organización Mundial de la Salud, ha estimado que en el mundo mueren más de 5 millones de personas al

año en el mundo como consecuencia del tabaquismo.¹

De esta manera, para determinar si prohibir la venta de cigarrillos al menudeo, es una medida acorde con la Constitución, en el presente trabajo vamos a aplicar el “test de proporcionalidad” extractado de la “Teoría de los Derechos Fundamentales” de Robert Alexy, de tal forma que podamos llegar a alguna conclusión acerca de la constitucionalidad de la disposición mencionada. Como también aplicaremos otras teorías de argumentación que coadyuven a evaluar la cimentación del fallo objeto de estudio.

2. JUSTIFICACIÓN

Es innegable que el Estado colombiano, estaba en mora de establecer una política pública para contrarrestar el consumo del cigarrillo. Ya en 2006, a través de la Ley 1109, Colombia adoptó el “Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco”, en el cual precisamente, los países que acogieron este acuerdo, se comprometieron a formular políticas contra el tabaquismo, dadas las ya conocidas consecuencias negativas en la salud humana, además de ser el principal agente patógeno de cáncer en el mundo.

No obstante, el Ministerio de Protección Social, mediante la Resolución 1956 de 2008, señaló la prohibición de fumar en lugares públicos con espacios cerrados, de tal manera que el Gobierno Nacional, ya había comenzado a establecer medidas para salvaguardar el derecho a la salud de personas no fumadoras.

De otro lado al establecer políticas públicas para luchar contra el tabaquismo como la Ley 1335 de 2009, el legislador, tomó medidas como prohibir la venta de cigarrillos a menores de edad, prohibir la publicidad del tabaco, delegar en el Gobierno

la obligación de generar estrategias y planes destinados a contrarrestar el consumo de tabaco, entre otras; destacándose para el presente estudio la disposición que prohíbe la venta por unidad de cigarrillos al público.

Al respecto, ya hay un precedente vertido por la Corte Constitucional en la sentencia C-639 de 2010, donde fue acusado el parágrafo del artículo 3 ibídem por contrariar concretamente el artículo 16 constitucional (derecho al libre desarrollo de la personalidad) y el derecho al mínimo vital de vendedores ambulantes. En aquella ocasión, la Corte declaró exequible la norma acusada, toda vez que después de realizar un test de proporcionalidad no encontró una contradicción directa entre la norma acusada y las disposiciones constitucionales.

Pese a lo anterior, la Corte no analizó si en definitiva la norma acusada contradecía el artículo 49 que señala el derecho a la salud, lo cual fue absolutamente lógico, ya que la demanda de inconstitucionalidad no contenía cargos por esta razón. De esta manera en este trabajo procederemos a establecer si dicha contradicción existe o no partiendo de el test de razonabilidad, desde luego siempre teniendo presente que el hecho de que una norma sea inadecuada no la convierte en inconstitucional; pero excepcionalmente en este caso una premisa que nos indique que la norma es inadecuada nos llevará a colegir su inconstitucionalidad, siempre que probemos que la falta de idoneidad tenga una relación inescindible con la violación directa al derecho a la salud.

3. OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Evaluar la fuerza de los argumentos en la sentencia C-639 de 2010 para observar

1 Informe de la OMS sobre la epidemia mundial del tabaquismo, 2009.

la posibilidad de una nueva demanda de inconstitucionalidad

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Establecer una nueva argumentación alterna a la propuesta por la Corte Constitucional.

- Evaluar con el mayor rigor doctrinario los argumentos de la Corte.

- Establecer si contra la medida impuesta en la Ley 1335 de 2009 proceden cargos distintos a los formulados en la demanda que estudió la Corte.

4. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es suficiente la argumentación vertida por la Corte Constitucional en la sentencia C-639 de 2010 para declarar o no la inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 3° de la Ley 1395, en caso negativo se podría proponer una argumentación suficiente para obtener una declaratoria de inconstitucionalidad?

5. HIPÓTESIS

Antes de aventurarme a proponer una hipótesis, considero conveniente dejar sentadas algunas apreciaciones. En primer lugar, debemos tener claro que siendo los principios jurídicos mandatos de optimización, es decir normas que ordenan que *“algo que sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes”*². Como ya tenemos la definición de principios jurídicos, queda claro que el mandato que desarrolla la norma objeto de estudio es el derecho a la salud, buscando disminuir el consumo de tabaco en el país. Pero surgen aquí dos problemas: 1) ¿Vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad esta

prohibición? Este problema ya fue resuelto en apariencia por la Corte Constitucional en la sentencia C-639 de 2010, concluyendo que no había tal afectación luego de la realización de un escueto test de proporcionalidad, como más adelante analizaremos en el desarrollo del trabajo; 2) El segundo problema que observamos es si la prohibición de vender cigarrillos por unidad, puede no solo ser ineficaz (lo cual no implica que sea inconstitucional) sino que además atenta directamente con el derecho a la salud pública, ya que al no permitir que los consumidores moderen los cigarrillos que fuman al comprarlos por unidad, se está incentivando el consumo de tabaco, sabiendo que lo mínimo que pueden comprar son diez cigarrillos.

Este segundo problema en definitiva es un álgido de nuestro estudio y partiendo de lo que se ha dicho por el momento vamos a empezar diciendo que la medida adoptada por el legislador, es irrazonable por cuanto no cumple con el sub-principio de idoneidad³, siendo este mediante el cual se predica que la regla debe ser idónea para cumplir con el mandato de optimización, esto es que la disposición esté en condiciones de favorecer el principio que para este caso sería el derecho a la salud pública; pero no obstante en vez de desarrollarlo, consideramos que a pesar de que la medida es necesaria, desconoce dicho principio pues no parece ser eficaz si tenemos presente que la diferencia económica entre comprar los cigarrillos por unidad y comprarlos por paquete de mínimo diez no resulta ser contundente, al respecto la Federación Nacional de Comerciantes ha dicho:

(...) crea una falsa ilusión de que adquirir un cigarrillo representa un

2 Cfr. Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

3 Cfr. Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, página 39.

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 desestímulo 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).⁴

Así las cosas, la hipótesis que presentamos indica que la norma que prohíbe la venta de cigarrillos por unidad resulta ser irrazonable, por cuanto no es adecuada para combatir el tabaquismo y favorecer el derecho a la salud pública, además logra todo lo contrario a lo que se pretende constitucionalmente y por último termina por incentivar el consumo de tabaco. No obstante, una premisa por muy bien elaborada que esté, donde se pueda verificar con absoluta certeza la irracionalidad de una norma, derivada de la ineficacia o su inadecuación; no es argumento suficiente para que se declare la inconstitucionalidad de la norma objeto de estudio. Pero aún así las consideraciones de la Corte en relación a la Ley 1335 de 2009, no resultan ser del todo razonables;

pues el Alto Tribunal se rehúsa a la prosperidad de los cargos formulados que son la contradicción con el artículo 16 constitucional, (por una supuesta violación al espacio de autodeterminación de cada persona) y el artículo 13 (por el aparente desconocimiento del derecho al mínimo vital), arguyendo que no se presentan los fenómenos enunciados por la accionante, básicamente porque no se ha prohibido ni la venta, ni el consumo de cigarrillo; sino lo que ha sucedido es que el Estado ha hecho uso de su potestad inherente a la intervención de la economía y el mercado imponiendo nuevas condiciones para la venta de productos derivados del tabaco, en este caso los cigarrillos.

Asimismo, como se ha tratado de explicar anteriormente, la Corte no se detiene a mirar las consecuencias de la ineficacia de la disposición acusada, porque en primera medida no es algo inherente a sus funciones; sin embargo, otra es la conclusión a la que podemos llegar si observamos que la ineficacia de la medida tiene implicaciones directas en cuanto al derecho a la salud pública, ya que se estaría incentivando el consumo de tabaco, lo cual es contrario a lo que se pretende con la Ley 1335 de 2009.

6. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Para este proyecto planteo utilizar una forma de investigación analítico-descriptiva, ya que por sus características me permitirá establecer y proponer otro enfoque interpretativo sobre lo que es objeto de este estudio, además de poder desglosar cada uno de los elementos doctrinarios y jurisprudenciales sobre la ponderación de principios, tales como el test de razonabilidad y el test de proporcionalidad.

4 Intervención ciudadana en el marco de la sentencia C-639 de 2010.

II. DESARROLLO DEL TRABAJO

1. ANÁLISIS SENTENCIA C-639 DE 2010

En primer lugar procederemos a realizar un análisis estático de la sentencia C-639 de 2010 (M.P. Humberto Sierra Porto), lo cual nos permitirá esbozar la teoría expuesta por la Corte, para así poder establecer nuestro punto de vista y determinar la racionalidad de este fallo con relación a la medida tomada por el legislador en cuanto a la venta de cigarrillos por unidad.

1.1 Hechos

La ciudadana Adriana Patricia Ocampo Uribe, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandó el parágrafo del artículo 3° de la Ley 1335 de 2009, el cual señala: *“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.”*

En aquella ocasión, la demandante impugnó la norma citada, arguyendo que no es adecuada para prevenir el consumo de tabaco, de igual manera asegura que esa disposición desconoce los artículos 16 y 13 de la Constitución: concretamente el primero, por cuanto viola la autonomía personal, en palabras de la actora *“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”*. De otro lado, en relación con la contradicción de la norma demandada con el artículo 13 constitucional, adujo la demandante 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”. De esta manera tenemos un resumen general acerca de los argumentos utilizados por la accionante para así poder cimentar su demanda. Así las cosas el siguiente punto es establecer las consideraciones de la Corte Constitucional, diferenciando de la forma más clara posible los obiter dictae y la ratio decidendi, obviamente partiendo del problema jurídico que sea señalado y posteriormente resuelto.

1.2 Consideraciones de la Corte

Luego de reseñar los argumentos de la demandante, las intervenciones de distintos ciudadanos y entidades públicas y privadas, la Corte como problema jurídico propone determinar si la medida adoptada por la Ley 1335 de 2009 es desproporcionada e inadecuada para el fin que busca; es decir la prevención y la disminución del consumo de tabaco, de esta manera traslada el análisis a dos estadios: el primero es el cargo formulado por la eventual contradicción con el artículo 16 constitucional y el segundo es el que refiere la contradicción con el artículo 13 constitucional.

Así las cosas la Corte decantó dos premisas para establecer si los cargos de inconstitucionalidad debían prosperar o no: la primera *“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).” Como vemos, se trata de establecer la adecuación y proporcionalidad de la medida ante un supuesto desconocimiento del artículo 16, el cual se vería afectado en su plena efectividad. La segunda premisa que propone la Corte para validar la medida legislativa señala que “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).”

Seguidamente, encontramos que el Juez constitucional, realizó una amplia reseña sobre el ámbito de discusión, en el que se encuentran Tratados internacionales, conceptos de la OMS y estudios de orden científico y obviamente la relación existente con la Constitución Política.

Luego de ver diferentes conceptos de autores sobre la materia y reseñar a partes de la exposición de motivos del Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco, firmado el 21 de mayo de 2003 en la ciudad de Ginebra, adoptado mediante Ley 1109 de 2006, la Corte concluye que su función como Juez de constitucionalidad no es precisamente determinar el grado de afectación que pueda tener el consumo de tabaco sobre las personas no fumadoras; sino *“garantizar el derecho de todo ciudadano a no ser molestado ni afectado negativamente por la conducta de otros”*; sin embargo, señala que las medidas mismas, relativas a las políticas antitabaco, van más allá del mero interés de garantizar los derechos de

la población no fumadora, y se debe por tanto reconocer que éstas canalizan un claro deseo de desestimular a toda costa el consumo de tabaco; es decir que buscan optimizar el derecho a la salud, que como ya hemos reiterado se ve afectado por el tabaquismo.

Es aquí el punto donde el Tribunal Constitucional entra a establecer la justificación de la aplicación de medidas de carácter paternalista por parte del Estado, que son válidas de tal forma que observen *“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”*. Siendo esto último lo que se conoce como el “test de proporcionalidad”, de forma que se llega a dibujar con lo dicho hasta el momento un marco teórico que sienta las bases de lo que ha de ser el fallo definitivo en esta ocasión.

De otro lado, la Corte llega a ciertas conclusiones preliminares como las que ya hemos mencionado en el párrafo anterior, además de otras que indican: 1) Las políticas antitabaco son constitucionalmente relevantes, pues su objeto es la optimización del derecho de la salud y la vida misma, por eso para determinar la constitucionalidad de la norma demandada, es necesario fijar sus alcances respecto del nivel de injerencia al interior del espacio privado de decisión de cada persona y el bien superior que

busca la medida. 2) El Estado tiene toda legitimidad para intervenir en la aplicación de políticas antitabaco, siempre que dicha intervención no degenera en sanciones dirigidas hacia los consumidores, cabe decir que el único punto que justifica la intervención del Estado en tal aspecto es el bien de la persona a quien va dirigida la política, en este caso a los consumidores por los efectos nocivos del tabaco y a las personas en general por la misma razón. 3) Se descarta cualquier tipo de motivación de orden moral que soporte la aplicación de medidas antitabaco.

Así, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que lo dicho hasta el momento en cuanto a la estructura del fallo constituye lo que se entiende como **obiter dicta** o dichos de paso.

Una vez abordado el marco teórico previamente reseñado, la Corte procedió a observar el sentido y alcance de la medida impuesta por la Ley 1335 de 2009, de manera que dispuso reproducir en el texto de la sentencia, algunos de los contenidos de la Ley objeto de estudio y algunos segmentos de la sentencia C-665 de 2007, la cual avaló el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco como parte de nuestra legislación en la cual se sostuvo, entre otras cosas 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*

dirigidas a concientizar a la población de las consecuencias adversas del consumo del tabaco (...) “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.”⁵

De esta manera, los apartes citados anteriormente son argumentos fuertes para concluir que una política antitabaco es un mandato de orden constitucional, vinculante por la adopción legal de un convenio internacional; pero que desarrolla principios inherentes al Estado Social de Derecho.

En cuanto al sentido y alcance de la norma, la Corte consideró que se trata de una norma que no solo ampara a los menores de edad; ni a los “fumadores pasivos”, es decir personas que aunque no fuman se ven expuestas constantemente al humo del cigarrillo; sino que también está encaminada en desestimular el consumo del tabaco entre los colombianos.

Ahora, como ya se reseñó un marco teórico y se ha observado el alcance de la norma cuestionada, prosiguió la Corte a realizar el análisis de los cargos formulados

7 Sentencia C-665 de 2007, Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra.

por la accionante, concluyendo respecto del primer cargo que no había lugar a practicar el test de proporcionalidad, pues recordando la primera premisa mencionada con anterioridad, 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).”* Coligió el Alto Tribunal que no hay injerencia alguna en relación al derecho de autodeterminación personal, ya que la medida no prohibía el consumo de cigarrillo, sino que dentro del campo de la legítima potestad que tiene el Estado para intervenir en la economía, este se encuentra en plena facultad de restringir el modo de adquisición de bienes y servicios, para este caso la venta de cigarrillos por unidad. De la misma forma, el Juez Constitucional, concluye que no es válido afirmar que el caso sub-examine es una fiel representación de una intervención de corte paternalista, pues ello implicaría una prohibición del consumo de tabaco de manera directa; lo cual es muy diferente a desincentivar la compraventa de cierto producto, siendo esto un proceder circunscrito a la potestad de regular la economía y el mercado.

Por otra parte, respecto del segundo cargo imputado en la demanda y la conclusión de la premisa construida por la Corte, según la cual *“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).” La Corte establece que tampoco hay lugar a la aplicación del test de proporcionalidad, pues según su percepción no se evidencia una afectación al derecho el mínimo vital por la prohibición que señala la norma objeto de estudio, ya que la misma disposición acusada señaló un término de 2 años para entrar en vigencia, tiempo en el cual los afectados, es decir los comerciantes pudieron haber tomado medidas como diversificar su mercancía y así sortear los efectos de la nueva ley.

Además de lo anterior, la Corte no encuentra bien soportado el segundo cargo formulado, ya que para que prospere debe comprobarse que la venta de cigarrillos por unidad es la única actividad que desempeñan, para este caso los vendedores ambulantes. De igual manera brilla un argumento de la Corte expresado en las siguientes palabras: *“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.” En ese sentido partiríamos de que la medida impuesta no generaría un detrimento patrimonial sino mayores ganancias para los comerciantes, por lo tanto en definitiva no hay lugar a una afectación al mínimo vital, de la misma manera la Corte señala que los sustentos fácticos formulados en la demanda no pueden ser objetivados ni abordados por la dificultad probatoria que ello representa.

1.3. Decisión

En virtud de los argumentos expuestos, la Corte decidió declarar exequible el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1335 de 2009 por los cargos formulados.

1.4 Conclusiones de la Sentencia

- Los cargos formulados por la actora aún cuando tienen un amplio soporte, son insuficientes para lograr una declaratoria de inexecutable, básicamente porque se cimentan en supuestos fácticos que en el proceso constitucional no fueron probados.

- La argumentación vertida por la Corte Constitucional resultó ser escueta en cuanto a los cargos formulados; aún cuando se podría llegar a la misma conclusión, el fallo no resulta ser lo suficientemente razonable teniendo en cuenta que el fallador se abstuvo de realizar un test de proporcionalidad serio que pudiera inyectar buenas dosis de legitimidad a lo dicho en la sentencia.

- A pesar de que en el fallo se reseñan las intervenciones ciudadanas y de distintos entes gubernamentales y de origen privado, no son tenidas en cuenta

a la hora de proferir la sentencia y en las pocas ocasiones en que son mencionadas, son abarcadas o interpretadas de manera errónea, como cuando se sostuvo que no hay afectación para los comerciantes por la aplicación de la medida en razón de que a mayor consumo, mayores ventas, soportando una no afectación en virtud de la posibilidad de vender una mayor cantidad de cigarrillos al ser únicamente ofrecidos en cajas de mínimo 10 unidades. El error o falacia de esta premisa recae en que a lo largo del fallo se señala el objeto de la imposición legislativa, siendo este prevenir y disminuir el tabaco entre los colombianos; por esto mismo no es válida esta consideración ya que resulta ser contradictoria con el sentido del fallo y de la misma norma jurídica.

- Las premisas construidas por la Corte tienen un carácter sugestivo, privando de toda objetividad la aplicación correcta del test de proporcionalidad, de igual manera se incurre en varias contradicciones pues señala en las premisas que la supuesta vulneración de derechos debe estar plenamente sustentada y justificada en los efectos inmediatos de prevención y disminución del consumo de tabaco; pero en párrafos posteriores afirma el Alto Tribunal que no es relevante para el juicio constitucional evaluar si la norma es adecuada o no para sus fines.

2. LA PONDERACIÓN DE ROBERT ALEXY

Para entender la teoría de ponderación formulada por el profesor Robert Alexy, es importante tener claro que existen dos formas básicas de aplicación de las normas: una es la subsunción, la cual funciona para aplicar las reglas; y otra forma es la ponderación, siendo esta procedente en lo que se refiere a los principios⁶.

6 Cfr. Carlos Bernal Pulido. “Estructura y Límites de la Ponderación”, Portal DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26, 2003.

De esta manera y ya entrando en materia, podríamos definir a la ponderación de principios⁷: como aquel criterio metodológico mediante el cual se establece la aplicación de un principio sobre otro en caso de existir alguna tensión entre estos, dicha tensión sale a la luz cuando encontramos una contradicción o colisión entre dos disposiciones jurídicas igualmente relevantes, de forma que para resolver el problema de la colisión, debemos emplear el criterio metodológico de la ponderación. Con base en esto, deducimos que la procedencia del método ponderativo subyace de la existencia de supuestos fácticos en concreto.

2.1 La Ley de la Ponderación

La ley de la ponderación, se constituye como aquella premisa, según la cual *“la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, depende del grado de importancia de la satisfacción del otro”*⁸, de aquí colegimos que no se trata de una fórmula absoluta para medir la fuerza de los principios; es decir, lo que se observa es que los principios tienen un peso relativo, el cual podrá ser despejado en la medida que contemplemos tres criterios para desarrollar la correspondiente *“fórmula del peso”*: el primer criterio es el grado de afectación que subyace de no atender el derecho o principio; el segundo consiste en conceder un valor, peso abstracto al principio en el caso concreto y el tercero consiste en observar el nivel de certeza de la premisa que sustenta la pronta aplicación del principio, con su correspondiente valor.

La fórmula del peso, debe tener en cuenta parámetros numéricos para ser despejada. Dichos valores representan

respecto del primer criterio, si el agrado de afectación es leve, mediano o intenso; de igual forma ocurre en relación con el peso abstracto que se concede al derecho o principio en el caso concreto. En virtud de lo dicho, los valores numéricos son 1 (leve), 2 (mediano) y 4 (intenso). De otro lado, las variables atinentes al nivel de certeza de cada premisa (tercer criterio) son: 1, cuando el nivel de certeza sea de seguridad; 0,5 cuando la premisa sea plausible y 0.25 cuando apenas se logre evidenciar que la premisa no es falsa⁹. De esta manera la fórmula propuesta por Alexy es la siguiente:

$$G_{Pi, jC} = \frac{I_{PiC} * G_{PiA} * S_{Pic}}{W_{PjC} * G_{PjA} * S_{PjC}}$$

Aquí (G_{Pi}, jC), representa el peso del principio o derecho a despejar (G_{Pi}) frente al otro (jC), donde (I_{PiC}, G_{PiA} y S_{PiC}) son el grado de afectación, peso abstracto del principio o derecho y nivel de certeza del principio o derecho sobre el que recae la incógnita. Igualmente las notaciones (W_{PjC}, G_{PjA} y S_{PjC}), representan los mismos criterios del otro principio o derecho frente al que se evalúa la aplicación del primero.

Por otro lado, en lo que atiene al fallo objeto de estudio, debemos acotar que ya que se trata de un caso de inconstitucionalidad, el método de ponderación no es procedente al menos en esta etapa del trabajo; como si lo es el test de proporcionalidad, de modo que se pueda observar si la medida adoptada por el legislador es razonable.

2.2 El Test de Proporcionalidad

Cuando hablamos de proporcionalidad, debemos tener presente la coexistencia y estrecha relación con la teoría de los

⁷ Según Alexy, los principios son *“normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes”*

⁸ Cfr. Robert Alexy, *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 161 y ss.

⁹ Cfr. Carlos Bernal Pulido, *“Estructura y Límites de la Ponderación”*, Portal DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26, 2003.

principios. Así las cosas, esos mandatos de optimización que señalan que algo sea realizado dentro de las posibilidades jurídicas y reales, implican que se dibuje un margen de aplicabilidad de los principios, ese margen lo vamos a entender como la “*máxima de proporcionalidad*”.¹⁰ Esta máxima, a su vez contempla tres criterios esenciales para determinar cuan razonable resulta la aplicación de los principios, es este caso frente a la medida legislativa que prohíbe la venta de cigarrillos por unidad. Dichos criterios a saber son: la idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. La idoneidad o adecuación, hace referencia a que la medida impuesta debe desarrollar a plenitud el mandato de optimización que se está observando; la necesidad señala que no debe existir otra medida para lograr la finalidad del principio; y finalmente la proporcionalidad en sentido estricto es idéntica a la ley de ponderación¹¹ que ya hemos explicado, o en otras palabras que la imposición decretada no implique el sacrificio de principios o valores más importantes que aquellos que se pretenden proteger¹².

2.3 El Test de Proporcionalidad en la praxis

En el presente estudio hemos enunciado someramente algunos de los conceptos planteados por Alexy, de tal forma que para poder probar la pertinencia de los argumentos de la Corte en el fallo objeto de estudio, procederemos a observar si se atendieron las prescripciones propuestas por el autor o por el contrario la sentencia tiene vestigios de irracionalidad, así que

como primer punto examinaremos si las premisas de inconstitucionalidad fueron correctamente formuladas.

2.3.1 Artículo 16 de la Constitución Política¹³

Frente al cargo formulado contra la disposición legislativa por la supuesta violación de este artículo, la premisa construida por la Corte fue: “*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).*” No sobra recordar que la Corte se abstuvo de realizar el test de proporcionalidad, pues no encontró la evidencia de invasión al derecho de autodeterminación personal de los ciudadanos y a su vez concluyó que se trataba de una imposición legítima dentro de la potestad estatal de intervenir en la economía.

Aquí evidenciamos una premisa falaz y contradictoria por lo siguiente: en primer lugar tiene un gran tinte de sugestión, pues supedita la constitucionalidad a los efectos inmediatos de la medida siendo esto a todas luces desproporcional, o a caso si estuviéramos frente a la prohibición o mejor aún frente a la criminalización del consumo de tabaco ¿sería constitucional admitir cualquiera de estas imposiciones en virtud

10 Cfr. Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 111 – 115.

11 Cfr. Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pág. 48 y ss.

12 Cfr. Sentencia C-639 de 2010, Magistrado Ponente, Humberto Sierra Porto.

13 “*Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.*”

de los efectos inmediatos de prevención y disminución del consumo?

De otro lado, resulta contradictorio que a lo largo del fallo la Corte señale reiteradamente que no es su potestad evaluar los efectos de la medida frente a la prevención y disminución del tabaco, como también frente al derecho de la salud pública, pero sí resultan ser parte esencial de la premisa elaborada.

En ese sentido, una premisa correctamente elaborada debe estar encaminada a determinar si la restricción al derecho de la autonomía personal desarrollado por el artículo 16 de la Carta Política es proporcional teniendo en cuenta los efectos nocivos del tabaquismo. Al respecto debemos afirmar sin temor a equivocarnos, que contrario sensu a lo señalado por la Corte es evidente que la medida implica una restricción al derecho de autonomía personal, tanto para los comerciantes como para los consumidores; y no solo una simple intervención en la economía y el mercado como lo quiere hacer ver el Alto Tribunal.

Continuando con la aplicación del test de proporcionalidad y tomando como base la premisa que construimos en el párrafo anterior, debemos referirnos a los tres sub-principios de este test, es decir la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en estricto sentido.

En cuanto a idoneidad o adecuación, la prohibición de vender cigarrillos al menudeo, podríamos decir que no desarrolla plenamente el principio de la salud pública, pues aunque se pretende disminuir y/o prevenir el consumo de tabaco al dificultar el acceso a éste, lo que realmente sucede es que se termina incentivando al consumo de tabaco a tal punto que en un fragmento ya citado de la sentencia C-639 de 2010, la misma Corte reconoce que por la demanda

del producto los comerciantes no se ven afectados por la entrada en vigencia de la norma acusada.

Luego al aplicar el criterio de necesidad, entendiendo que la medida debe ser necesaria por no haber otra más adecuada llegamos a la misma conclusión que la vista en el sub-principio de idoneidad, toda vez que si la medida no resulta ser idónea mucho menos va a ser necesaria, por existir otro tipo de acciones que pueden resultar más eficaces frente al objetivo perseguido.

Por último, frente a la proporcionalidad en sentido estricto, esto es determinar si con la imposición legislativa se están desconociendo principios más importantes que aquellos que se pretende proteger. Para establecer esto debemos aplicar la ley de la ponderación, según la cual cuanto mayor es el grado de afectación de un principio, tanto mayor debe ser el grado de importancia del otro principio. De esta manera, corresponde desarrollar la ecuación anteriormente planteada para establecer el peso de los principios en el caso concreto, por eso como primer principio tendremos al de la autonomía personal y como segundo el de la salud pública. En ese orden de ideas tenemos:

$$GPI,JC = \frac{IPIc * GPIA * SPIc}{WPjC * GPjA * SPjC}$$

Entonces el peso del principio de la autonomía personal es igual a: grado de afectación (en caso de inaplicación), multiplicado por el peso abstracto del mandato de optimización en el caso concreto y el nivel de certeza de la premisa que lo apoya; todo esto dividido entre el grado de afectación del principio de salud pública (en

caso de inaplicación), multiplicado por su peso abstracto en el caso concreto y el nivel de certeza de la premisa de este segundo principio. Si reemplazamos los valores, la fórmula arrojará los siguientes resultados:

$$GPI_{i,jC} = \frac{IPiC * GPiA * SPiC}{WPjC * GPjA * SPjC} \rightarrow GPI_{i,jC} = \frac{2 * 1 * 1}{1 * 2 * 0,5}$$

$$GPI_{i,jC} = \frac{2 * 1 * 1}{1 * 2 * 0,5} = \frac{2}{1} \rightarrow GPI_{i,jC} = 2$$

Pudiera decirse en cuanto a lo anterior, que la asignación de los valores numéricos a cada uno de los criterios de la fórmula de peso, resulta ser completamente subjetiva y que por tanto el argumento final carece de toda racionalidad; no obstante la ponderación no lleva a que cada valor que asignemos deba contener fuerza argumentativa, lo cual sin duda permitirá que el ejercicio ponderativo nos conduzca a una conclusión más racional¹⁴ a pesar de que no podemos desconocer que este método posee una ineluctable dosis de subjetividad, la cual disminuye mientras existan argumentos fuertes y racionales.

Con base en los valores asignados, diremos que el grado de afectación del principio de autonomía personal es mediano (2), ya que observamos que la restricción impuesta con la medida afecta evidentemente este derecho, sobre todo el de los fumadores que se van haber tocados en sus bolsillos y sobre todo con una gran probabilidad de aumentar el consumo, sin contar que disminuye tangencialmente su autonomía a la hora de moderar el consumo; no podemos olvidar

que el tabaco es una sustancia adictiva y por tanto al comprar cigarrillos por caja, moderar el consumo puede ser un ejercicio más complicado que al adquirirlos al menudeo o por unidad. Respecto al peso abstracto de este principio aplicado al caso concreto, observamos de igual manera que tiene un peso liviano (1); pues su restricción es evidente con la entrada en vigencia de la imposición legislativa; sin embargo el peso disminuye debido a que pese a la restricción del derecho no es tan grave como para pensar que algún derecho fundamental se vea comprometido de manera íntegra, cosa contraria ocurre con el principio de la salud pública, pues los efectos de la norma acusada aún no pueden ser determinados, lo cual reduciría ostensiblemente su peso abstracto aunque habría que tener presente el objeto de la prescripción normativa. Finalmente, el grado de certeza de la premisa que soporta el primer mandato, es de seguridad (1) por la misma evidencia que se ve explícita en la restricción del derecho de autonomía, como sabemos ningún derecho es absoluto y en este caso lo que nos ocupa es observar si se trata de una restricción autorizada constitucionalmente, lo cual está supeditado a la proporcionalidad del límite que ha impuesto el legislador con la medida, esto es que no se sacrifique bienes jurídicos más importantes que los que se pretenden amparar.

Por otro lado, en cuanto al principio de la salud pública, los valores numéricos asignados fueron los siguientes: frente al grado de afectación optamos por determinar que es mínima o leve (1), ya que los efectos de la medida aún no pueden ser determinados, a pesar de que persigue un bien jurídico que podríamos catalogar como superior, no se tiene un nivel de certeza que pueda conducirnos a las consecuencias verídicas que traería la inaplicación de la decisión del legislador. Ahora en relación

14 Cfr. Robert Alexy, “Epílogo...” Op. cit., págs. 49 y ss.

con el peso abstracto en el caso concreto, por no tener certeza plena de los efectos de la norma, consideramos que su peso es mediano (2), ya que valoramos ese fin superior que se persigue como lo es la disminución y prevención del consumo de tabaco. Por último, encontramos que el nivel de certeza de la premisa que soporta a la salud pública como mandato de optimización en el caso concreto, es menor en comparación con los principios de autonomía personal, pues como ya hemos reiterado aún cuando sabemos por diversos estudios de las consecuencias negativas del tabaco en el organismo humano; no es posible determinar si los objetivos perseguidos con la prohibición de vender cigarrillos por unidad realmente se cumplen, por esta razón resulta lógico calificar el nivel de certeza de la premisa con un grado de plausibilidad (0,5).

De esta manera concluimos el test de ponderación de principios, determinando que el peso del principio de autonomía personal es de mediano, es decir dentro de los valores manejados corresponde a un 2.

Complementando lo dicho y sin querer extendernos mucho, para conocer el peso abstracto del principio de salud pública, simplemente invertimos las cifras de la fórmula y el resultado final será el peso de:

$$GPj.iC = \frac{WPjC * GPjA * SPjC}{2 * 1 * 1} = \frac{1 * 2 * 0,5}{2} = \frac{1}{2} \rightarrow GPj.iC = 0,5$$

De esta forma, pudimos determinar que el peso del principio de salud pública es de 0,5 y siendo 2 la cifra que se estableció

respecto de la autonomía personal, sobre esa base vale la pena afirmar que en el caso estudiado por la Corte Constitucional, primero debió haberse efectuado el correspondiente test de proporcionalidad; luego debió colegirse la aplicación del principio de autonomía personal sobre el de la salud pública y finalmente el cargo formulado por la demandante tenía que haber prosperado, por ende dentro de una sana lógica argumentativa, el parágrafo del artículo 3° de la Ley 1335 tuvo que haber sido declarado inexecutable.

2.3.2 Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia¹⁵

En cuanto a la eventual contradicción de la disposición demandada y esta prescripción constitucional, debemos recordar que la Corte no encontró pruebas suficientes para declarar la inexecutable por esta imputación. Al respecto hay que reconocer la razón por la cual la Corte se abstuvo de realizar el test de proporcionalidad, es decir no encontrar vulneración al derecho del mínimo vital, siendo este punto esencial para confrontarlo con el principio de salud pública, en virtud de la disposición que prohíbe la venta de cigarrillos por unidad.

En esta ocasión, el cargo formulado estaba encaminado a señalar el desconocimiento del derecho fundamental frente a los vendedores ambulantes que encuentran el sustento con la venta de este tipo de productos, lo cual desde el punto de vista probatorio resulta ser bastante complejo; ya que lo dicho representa solamente una mera suposición. Por esta razón frente a este cargo consideramos

15 “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

acertada la posición de la Corte. De otro lado, para que tuviera oportunidad de prosperar la acusación, tendría que haberse demostrado que en realidad la venta de cigarrillos es el único sustento de los vendedores ambulantes, que la rentabilidad de las ventas bajaría ostensiblemente, que vender cigarrillos por cajas representa una dificultad incontenible para los integrantes de este gremio. Infortunadamente una prueba verdaderamente idónea que pudiera soportar este cargo, debe estar acompañada de estudios e investigaciones alrededor del tema. En virtud de lo dicho no vemos plausible la posibilidad de adelantar el mismo ejercicio que realizamos con relación a la anterior acusación de inconstitucionalidad.

3. NUEVOS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA INEXEQUIBILIDAD

Como ya pusimos en práctica el correspondiente test de proporcionalidad de la prescripción legal demandada, surge aquí una nueva consideración frente a su inconstitucionalidad, esto es la consecuencia que pudiera traer su ineficacia, y es que al establecer que los cigarrillos solo pueden venderse por cajas de mínimo 10 unidades, implícitamente se está incentivando el consumo y se pudiera estar faltando a esa obligación que tiene el Estado de amparar y maximizar el principio de la salud pública a través de medios idóneos; es decir que la medida lejos de cumplir con su objetivo de prevención y disminución del consumo de tabaco, está incentivando su consumo, por ende el Estado pone en bandeja de plata la salud pública de los colombiano para que sea cercenada por los altos índices de tabaquismo especialmente en jóvenes.

La prohibición no es idónea, pues aún cuando se sustenta en la necesidad de adelantar políticas públicas contra el

consumo de tabaco, su ineficacia degenera en una violación directa a la Constitución al no establecer una política suficiente que optimice la salud pública disminuyendo real y efectivamente el consumo de tabaco. Si antes un fumador tenía en su poder uno o dos cigarrillos, el legislador lo está obligando a poseer mínimo diez, así que en definitiva no se cumple con el objetivo perseguido y por tanto estamos frente a una norma que carece de idoneidad o adecuación. La medida tampoco es necesaria, probablemente existen otros medios más efectivos que desarrollen de manera seria la política antitabaco, aquí cabe destacar el papel que el Gobierno Nacional ha desempeñado frente a esta problemática, recordemos que con la Resolución 1956 de 2008, proferida por el Ministerio de Protección Social, se implementó la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados, como bares, discotecas, teatros, universidades, etc., lo cual ha tenido excelentes resultados pues ya podemos respirar un aire más puro cuando nos encontramos en este tipo de lugares. Este es un gran ejemplo de una política que logra su objetivo frente al principio de la salud pública. Volviendo al tema de la necesidad, colegimos que se cumple con este criterio cuando no existen otros medio para cumplir con el mandato de optimización, lo cual no se prueba en esta ocasión. Finalmente, la imposición del legislador tampoco es proporcional, pues partiendo del ejercicio argumentativo que hemos llevado a cabo a lo largo de este estudio, en primer lugar no se cumple con el objetivo de prevención y disminución, y en segundo lugar se actúa en contra de ese objetivo ya que se termina incentivando al consumo del tabaco.

Partiendo de lo dicho hasta el momento, pudimos demostrar que aún se pueden formular otros argumentos que coadyuven

en una demanda de inconstitucionalidad, por desconoce el principio de la salud pública, mandato implícito en los artículos 1, 2 y 49 de la Constitución Política.

4. CONCLUSIONES

- La Corte Constitucional pudo haber efectuado de la manera más rigurosa, un test de proporcionalidad tomando como punto de inicio el cargo formulado por la supuesta violación del artículo 16 constitucional; no obstante la incorrecta construcción de la premisa a desarrollar en el fallo, llevó a una decisión diferente.

- Acertó el Alto Tribunal cuando se abstuvo de estudiar la proporcionalidad en cuanto al segundo cargo formulado (vulneración del mínimo vital), pues resultaría arbitrario juzgar sin el suficiente sustento probatorio, ya que la actora soportaba su argumentación en supuestos fácticos imposibles de determinar al momento del fallo.

- La ponderación como método de interpretación y argumentación, resulta ser una gran herramienta a la hora de establecer el grado de racionalidad de los fallos constitucionales, a pesar de que puede resultar siendo subjetivo, este defecto se corrige en la medida que se tengan argumentos suficientemente sólidos y racionales.

- La construcción de premisas objetivas y racionales, son fundamentales para llevar a feliz término un test de ponderación y de proporcionalidad, vimos como las que planteó la Corte desde un inicio, tenían un gran tinte de subjetividad, lo cual terminó siendo la excusa perfecta para soslayar el deber de realizar un concienzudo test de proporcionalidad.

- Se tienen los argumentos necesarios para formular una nueva demanda de

inconstitucionalidad, ya no por los mismos cargos planteados debido al efecto de la cosa juzgada constitucional; pero la nueva demanda pudiere soportarse en el desconocimiento del deber estatal de atender el principio de la salud pública como mandato de la Constitución.

- En aras de cumplir con el mandato de la salud pública, las políticas antitabaco deben contener un grado de certeza en cuanto a la efectividad, lo cual garantiza el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta la ley de la ponderación, que señala que cuanto mayor sea el grado de afectación de un principio, tanto mayor ha de ser el grado de satisfacción del otro.

5. BIBLIOGRAFÍA

• ALEXY, Robert. "Teoría de los Derechos Fundamentales", traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

• ALEXY, Robert. "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004

• BERNAL PULIDO, Carlos. "Estructura y Límites de la Ponderación", Portal DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26, 2003.

• LÓPEZ MEDINA, Diego. "El Derecho de los Jueces", Bogotá, Legis, 2006.

• Informe de la OMS sobre la epidemia mundial del tabaquismo, 2009.

• Sentencia C-639 de 2010, Magistrado Ponente, Humberto Sierra Porto.

• Sentencia C-665 de 2007, Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra.

Contenido

Pág.

Pág.

EDITORIAL	13	La inteligencia estatal en Colombia: su aplicación e implicaciones frente al derecho a la intimidad y libertad personal	157
PRESENTACIÓN	15	<i>Adriana Astrid Sierra Pinilla</i>	
SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL	17	La violación del principio de progresividad en derecho laboral	173
Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública	19	<i>Ángela Mercedes Cárdenas Amaya</i>	
Responsabilidad del estado por operación de guerra u operación militar	37	La dogmática del bloque de constitucionalidad en Colombia	191
<i>Ariana Alexandra Gutiérrez Garzón</i>		<i>Martha Angélica Salinas</i>	
<i>Lizzete Andrea Sánchez Bernal</i>		La racionalidad como exigencia hermenéutica en la actividad del juez constitucional	205
La pena y su rebaja en el bicentenario de la independencia de Colombia	59	<i>Ángela Marcela Robayo Gil</i>	
<i>Lina Marcela Martínez Sarmiento</i>		Prohibición del Tabaco, sentencia C-639 de 2010, Proporcionalidad y Ponderación	225
<i>María Antonia Perilla Cárdenas</i>		<i>Fernando Tovar Uricoechea</i>	
Graduación de responsabilidad disciplinaria frente a los servidores públicos	75	SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.	243
<i>Diego Alejandro López Laiton</i>		La configuración de la manifestación de la voluntad en la formación del contrato electrónico	245
<i>Mario Alfonso Villate Barrera</i>		<i>Sara Lorena Alba Palacios</i>	
La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial	89	El derecho a la vida y su acepción como derecho fundamental, un análisis frente a la paradoja entre el aborto y la eutanasia	267
<i>Nubia Lorena Daza López</i>		<i>Edwin Hernando Alonso Niño</i>	
SECCIÓN II. FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO	105	El desarrollo del núcleo esencial del derecho a la educación en el marco de las políticas públicas colombianas	277
El "espíritu" del pueblo colombiano en la configuración de las instituciones de derecho civil: Propiedad	107	<i>Elizabeth Vargas Salcedo</i>	
<i>Nonny Carolina Benavides Martín</i>		<i>Genny Paola Espítia Raba</i>	
<i>Nayibet Isabel Acosta Roa</i>		Responsabilidad del perito contable en la entrega de la prueba pericial en el proceso judicial colombiano	289
El espíritu del pueblo colombiano en el trasfondo histórico de la pena	119	<i>Martha Liliana Hurtado Pedraza</i>	
<i>Nayibet Isabel Acosta Roa</i>			
Ley 1258, ¿un retroceso en las garantías laborales?	129		
<i>Edison Fernando Vargas Nieto</i>			
Protección jurídica del bien jurídico de la seguridad vial en Colombia análisis del proyecto de ley 110 del senado	147		
<i>Luis Ricardo Carreño Garzón</i>			



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T O M Á S

Experiencia y Calidad



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja