

Sentencia C-830/10

PROHIBICION DE LA PUBLICIDAD Y PROMOCION DEL CONSUMO DE TABACO Y SUS DERIVADOS-No desconoce la libertad de empresa ni la libre iniciativa privada

LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBRE INICIATIVA PRIVADA-Límites constitucionales/**ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO**-Características

LIBERTAD DE EMPRESA-Definición

La jurisprudencia define a la libertad de empresa como “aquella (...) 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”. También ha dicho la Corte que dicha libertad “se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes”. Esta definición comparte muchos de sus elementos constitutivos con un concepto más amplio, el de libertades económicas, que engloba la libertad de empresa y la libre iniciativa privada. Para la Corte, dichas libertades son “expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada. En esa medida, la misma constituye un valor colectivo que ha sido objeto de especial protección constitucional. // Adicionalmente la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas.

INTERVENCION DEL ESTADO EN EL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES ECONOMICAS-Modalidades

ACTIVIDAD ESTATAL DE INTERVENCION ECONOMICA-Validez constitucional/**INTERVENCION ESTATAL EN LA**

ECONOMIA-Requisitos/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ECONOMICA-Alcance

En lo que respecta a la validez constitucional de las actividades estatales de intervención económica, la misma jurisprudencia ha identificado tanto los requisitos que deben cumplirse para la acreditación de tal validez, como el grado de intensidad y la metodología de escrutinio judicial de las medidas de intervención. Frente a lo primero, existe un precedente consolidado en el sentido que la medida de intervención estatal en la economía solo resultará admisible cuando se cumplan los siguientes requisitos: “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”. Los requisitos dos y cinco de la anterior enumeración refieren a la necesidad de efectuar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad entre el ejercicio de las libertades económicas y la garantía de los principios y valores constitucionales defendidos por la medida de intervención. Como se ha sostenido en esta decisión, las libertades económicas son garantías que encuentran restricción en las potestades de dirección del mercado por parte del Estado. No obstante, ese carácter autorrestringido no puede entenderse como un mecanismo que permita extender la medida de intervención más allá del núcleo esencial de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, de modo que las haga nugatorias y refrende un modelo económico de planificación centralizada. Antes bien, existe un interés reconocido y protegido constitucionalmente, en el sentido que deben preservarse las garantías mínimas que posibiliten el intercambio comercial y, de manera más amplia, la participación de los agentes de mercado, en un marco de condiciones que permita el desarrollo económico y la libre competencia. En ese orden de ideas, el control de constitucionalidad de la norma que establezca una modalidad de intervención del Estado en la economía, deberá realizarse a partir de parámetros definidos, relativos a la evaluación acerca de “(i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume”.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD- Aplicación

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE NORMAS QUE
CONTEMPLAN MEDIDAS DE INTERVENCION ECONOMICA-
Intensidad/JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Intensidad depende**

de la materia que en cada caso sea objeto de análisis/**JUICIO LEVE O DEBIL DE PROPORCIONALIDAD**-Preferencia de la jurisprudencia constitucional cuando se trata de normas que contemplan medidas de intervención económica

EJERCICIO DE LAS LIBERTADES ECONOMICAS-Papel de la publicidad comercial/**PUBLICIDAD Y DERECHO CONSTITUCIONAL**-Relación

Uno de los aspectos en que se expresa las libertades económicas es la posibilidad de publicitar los productos y servicios, a fin de incentivar su consumo. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que tanto la publicidad como la propaganda son expresiones de las citadas libertades y que, por ende, logran reconocimiento constitucional como aspectos que integran tales derechos. A este respecto, la Corte ha definido a la propaganda como la actividad destinada a dar a conocer al público un bien o servicio con el fin de atraer adeptos, compradores, espectadores o usuarios, o crear simpatizantes, a través de cualquier medio de divulgación. A su vez, ha denotado a la publicidad como la propagación de noticias o anuncios de carácter comercial o profesional con el propósito antes indicado. La importancia nodal publicidad en la sociedad contemporánea y sus profundas implicaciones con distintas aristas del derecho constitucional son asuntos que cobran una especial relevancia para esta decisión. En los tiempos actuales, en donde prima el intercambio comercial y el permanente flujo de información que incentiva la adquisición de bienes y servicios, el ejercicio de la publicidad interesa en grado sumo al orden jurídico. Para la presente sentencia, es pertinente adentrarse en tres planos de vinculación entre la publicidad y el derecho constitucional, a saber, (i) la publicidad como actividad protegida por las libertades económicas; (ii) la relación entre la publicidad y los derechos del consumidor; y (iii) la publicidad como discurso constitucional reconocido. Pasa la Corte a exponer los aspectos centrales de cada uno de los planos mencionados.

PUBLICIDAD-Actividad protegida por las libertades económicas/**PUBLICIDAD Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR**-Relación/**PUBLICIDAD COMERCIAL**-Discurso excepcionalmente protegido por las libertades de expresión e información

PUBLICIDAD COMERCIAL-Limitaciones constitucionales admisibles

Sobre las limitaciones constitucionales admisibles a la publicidad comercial resulta especialmente relevante la sentencia C-010/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), decisión en la que la Corte estudió la constitucionalidad de varias disposiciones integrantes de la Ley 24 de 1966, normatividad que reglamenta la transmisión de programas por servicios de radiodifusión. Entre los preceptos analizados se estudió aquellos dirigidos a prohibir (i) la

publicidad comercial en los órganos de radiodifusión de naturaleza pública; y (ii) los mensajes publicitarios destinados a la propaganda de profesionales que carezcan del correspondiente título de idoneidad, al igual que a la promoción de espiritistas, hechiceros, pitonisas, adivinos y demás actividades similares. La Corte partió de advertir, como ya se ha señalado, el carácter específico de la publicidad comercial y, por ende, su tratamiento constitucional diferenciado, amén de su naturaleza de modalidad de ejercicio de las libertades económicas. Así, se indicó que “[u]na interpretación sistemática y teleológica conduce sin embargo a otra conclusión, a saber, que la publicidad comercial no recibe la misma protección constitucional que otros contenidos amparados por la libertad de expresión, por lo cual la ley puede intervenir más intensamente en la propaganda, como se verá a continuación.|| La Constitución expresamente establece que la ley debe regular la información que debe suministrarse al público para la comercialización de los distintos bienes y servicios (CP art. 78), lo cual significa que la Carta no sólo permite sino que ordena una regulación de esta materia, mientras que en manera alguna autoriza que la ley reglamente la información que se debe proveer en materia política, religiosa, cultural o de otra índole. || Este mandato específico sobre la regulación de la información comercial, que obviamente incluye la publicidad, deriva de la estrecha relación de estos mensajes con la actividad económica y de mercado, en la medida en que constituyen un incentivo para el desarrollo de determinadas transacciones comerciales. Esto significa que la actividad publicitaria es, en general, más un desarrollo de la libertad económica que un componente de la libertad de expresión, por lo cual la propaganda comercial se encuentra sometida a la regulación de la “Constitución económica””. A partir de esta afirmación, la Sala estimó que la publicidad comercial es una modalidad de discurso que no es depositario del mismo grado de protección que otras manifestaciones de información o de ideas, estas sí amparadas por los postulados propios de la libertad de expresión. Esto debido a que no tiene por objeto alentar la participación y deliberación democráticas, sino simplemente facilitar las transacciones económicas. En ese orden de ideas, es válido que el legislador imponga restricciones, incluso intensas, a la publicidad comercial, siempre y cuando no involucren la violación directa de derechos fundamentales o tratamientos desproporcionados o irrazonables contra el agente de mercado que hace uso del mensaje publicitario. A este respecto, la Corte consideró en la sentencia en comento que “... la ley puede regular en forma más intensa el contenido y alcance de la divulgación de esta publicidad, y por ende, el control constitucional es en estos casos menos estricto. En términos generales, y conforme a los criterios metodológicos establecidos por esta Corporación en decisiones precedentes, una regulación de la publicidad comercial se ajusta a la Carta, si constituye un medio adecuado para alcanzar un objetivo estatal legítimo. Por ende, una norma de ese tipo puede ser declarada inexecutable sólo si de manera directa vulnera derechos fundamentales, o recurre a categorías discriminatorias, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas. Es decir, si la ley que regula la publicidad

comercial no vulnera claramente la carta fundamental ni establece regulaciones manifiestamente irrazonables o discriminatorias, debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas generales que autorizan la intervención estatal en la economía y en la información de mercado.” La misma jurisprudencia ha contemplado que las limitaciones a la publicidad comercial pueden llegar a ser particularmente intensas, cuando el Estado encuentra que determinada actividad, a pesar de ejercerse lícitamente, debe desestimularse en razón de los perjuicios objetivos que genera en la sociedad o el peligro verificable de daño a terceros. En tal sentido, no se opone prima facie al ordenamiento constitucional que el legislador disponga reglas que busquen la conformación de un mercado pasivo, esto es, la existencia correlativa de la autorización para la producción y comercialización de determinado bien o servicio y la fijación de políticas destinadas a desincentivar su consumo.

CONVENIO MARCO DE LA ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD PARA EL CONTROL DEL TABACO-
Contenido/**CONVENIO MARCO DE LA ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD PARA EL CONTROL DEL TABACO-**
Determina las obligaciones mínimas que debe implementar cada Estado parte

CONTROL JUDICIAL DE MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE PROHIBEN O RESTRINGEN LA PUBLICIDAD DE TABACO-
Derecho comparado/**VINCULO ENTRE LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y LIBERTAD DE EXPRESION-**Derecho comparado

PROHIBICION TOTAL DE LA PUBLICIDAD DE PRODUCTOS DE TABACO Y SUS DERIVADOS-Responde a un motivo adecuado y suficiente que justifica tal limitación

PROHIBICION DE LA PUBLICIDAD, PROMOCION Y PATROCINIO DE PRODUCTOS DE TABACO-Expresión del principio de solidaridad

PUBLICIDAD COMERCIAL DE TABACO Y SUS DERIVADOS-Límites

TABACO-Consenso global de la necesidad de implementar medidas dirigidas a desincentivar su consumo/**TABACO-**Medidas relacionadas con su promoción y patrocinio

El legislador previó la prohibición total de la publicidad y promoción del consumo de tabaco, al igual que la restricción del patrocinio en eventos culturales y deportivos, cuando el mismo esté dirigido a la publicidad directa o indirecta de productos de tabaco y sus derivados. Estas medidas son

compatibles con la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, puesto que el legislador puede imponer restricciones, incluso a nivel de prohibición, a la publicidad comercial, cuando concurren razones imperiosas que hagan proporcionales medidas de esa naturaleza. En el caso analizado, existe un consenso global acerca del carácter intrínsecamente nocivo de los productos de tabaco y sus derivados, habida cuenta el daño cierto, objetivo y verificable que provoca a la salud de quienes lo consumen y de los fumadores pasivos, al igual que al medio ambiente. Esta comprobación, aunada al hecho que la prohibición legal en comento, (i) no afecta el núcleo esencial de las libertades económicas, puesto que es compatible con la producción y comercialización de los productos de tabaco y sus derivados; (ii) preserva el derecho de los consumidores a conocer sobre los efectos y consecuencias del consumo de dichos bienes; y (iii) es desarrollo de compromisos suscritos por el Estado colombiano en materia de control de tabaco; permite concluir que las normas analizadas no contravienen las citadas libertades.

Referencia: expediente D-8096

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 14, 15, 16 y 17 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”.

Actor: Pablo J. Cáceres Corrales

Magistrado Ponente:
Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil diez (2010).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241, numeral 4º de la Constitución, el ciudadano Pablo J. Cáceres Corrales solicita a la Corte que declare la inexequibilidad de los artículos 14, 15, 16 y 17 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”

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcriben las normas demandadas, las cuales son acusadas por el actor en su integridad:

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:

(...)

Artículo 14. Contenido en los medios de comunicación dirigidos al público en general. Ninguna persona natural o jurídica, de hecho o de derecho podrá promocionar productos de tabaco en radio, televisión, cine, medios escritos como boletines, periódicos, revistas o cualquier documento de difusión masiva, producciones teatrales u otras funciones en vivo, funciones musicales en vivo o grabadas, video o filmes comerciales, discos compactos, discos de video digital o medios similares.

Parágrafo. Los operadores de cable, los operadores satelitales y los operadores de televisión comunitaria que estén debidamente autorizados por la Comisión Nacional de Televisión, a través de licencia, no permitirán la emisión en Colombia de comerciales o publicidad de tabaco producida en el exterior.

Las sanciones serán las mismas previstas en la presente ley.

Artículo 15. Publicidad en vallas y similares. *Se prohíbe a toda persona natural o jurídica la fijación de vallas, pancartas, murales, afiches, carteles o similares móviles o fijos relacionados con la promoción del tabaco y sus derivados.*

CAPITULO IV.

DISPOSICIONES PARA PROHIBIR LAS ACCIONES DE PROMOCIÓN Y PATROCINIO DE TABACO Y SUS DERIVADOS.

Artículo 16. Promoción. *Prohíbese toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados.*

Artículo 17. Prohibición del patrocinio. *Prohíbese el patrocinio de eventos deportivos y culturales por parte de las empresas productoras, importadoras o comercializadoras de productos de tabaco a nombre de sus corporaciones, fundaciones o cualquiera de sus marcas, cuando este patrocinio implique la promoción, directa o indirecta del consumo de productos de tabaco y sus derivados.*

III. LA DEMANDA

El ciudadano Cáceres Corrales considera que las normas acusadas, que de manera unívoca disponen la prohibición de la publicidad, difusión y promoción de productos de tabaco y sus derivados, contradicen los artículos 333 y 334 de la Constitución, que prevén la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Para sustentar esta afirmación, expresa los siguientes argumentos:

3.1. La Ley 1335/09, habida cuenta los objetivos previstos en su artículo 1º, está conformada por un grupo de instrumentos jurídicos dirigidos a evitar las consecuencias dañinas que el consumo de tabaco implica para la salud de los colombianos. En ese sentido, tal normatividad se encuadra dentro de distintas previsiones del derecho internacional, en especial aquellas proferidas en el marco de la Organización Nacional de la Salud – OMS, que coinciden en considerar que el consumo del tabaco y sus derivados constituye un grave problema de salud pública. No obstante, para el actor tales compromisos internacionales deben ser aplicados en el derecho de interno de forma que resulten compatibles con las libertades constitucionales, en especial la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Por ende, como la producción y comercialización del tabaco y sus derivados es una actividad lícita, permitida por el ordenamiento colombiano y que, incluso, es receptora de estímulos económicos e imposiciones de índole tributaria, la prohibición absoluta que tales bienes sean anunciados al público a través de los medios de comunicación, ocasiona una vulneración de dichas libertades.

3.2. En criterio del demandante, la consagración de la libertad de empresa como límite de la facultad estatal de intervención en la economía es uno de los aspectos definitorios del Estado social y democrático de derecho, respetuoso de las garantías fundamentales. Por ende, existe un mandato constitucional expreso, que impone al Estado el deber de eliminar todas las barreras que impidan el adecuado ejercicio de la libre iniciativa privada, pues ello contradeciría aspectos esenciales del constitucionalismo liberal, que circunscribe a través del Derecho el ejercicio del poder político y económico.¹ A partir de referencias a la jurisprudencia constitucional sobre la materia, el actor identifica tres planos en que se expresa el contenido y alcance de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. *“El primer aspecto que allí encontramos es el de la consagración de tales derechos de orden económico que ocupan un lugar en el orden constitucional. El segundo es el que considera que esos derechos y libertades son relativos y no absolutos puesto que el legislador puede señalar límites en función del bien común y el interés social en todas las manifestaciones que considera el ordenamiento y, además de esas restricciones, introducir en el ejercicio de los derechos y libertades los criterios que sean adoptados en el marco de las políticas económicas y fiscales de conformidad con las reglas constitucionales sobre el particular. El tercero consiste en que las limitaciones no pueden ser de “tal magnitud que hagan nugatorio el derecho o la libertad.”*” Conforme a esta última previsión, el actor pone de presente que el Estado tiene la facultad de prohibir una actividad en particular, asumiéndose las consecuencias de ello, o permitirla, caso en el cual podrá someterla a distintos grados de intervención, siempre y cuando permitan el ejercicio de la libertad económica.

3.3. Fundado en las consideraciones efectuadas por la Corte en la sentencia C-524/95 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), el demandante señala que la jurisprudencia ha previsto que dentro de las facetas protegidas por la libertad económica se encuentra la posibilidad que los empresarios utilicen la publicidad en medios de comunicación como instrumento por excelencia para la promoción de sus productos, sometida, por supuesto, a determinadas condiciones. Ello en el entendido que de prohibirse esa facultad, les serían cercenados los canales adecuados y suficientes para que los consumidores conozcan sobre las condiciones y calidades de los bienes ofrecidos, más aun cuando se trata de mercancías cuya comercialización está permitida por el Estado. Sobre el particular, la demanda insiste en que *“[l]a existencia de empresas es consecuencia del sistema de derechos y libertades (...). Si el objetivo empresarial es legítimo, también lo será la indispensable actividad de poner a disposición del mercado (usuarios, compradores, etc.) los bienes y servicios que desea intercambiar. Para ello dará a conocerlos mediante la difusión que técnicamente le facilite el medio de comunicación que libremente utilice. Es bien claro que sin esa actividad no le será posible ofrecer el producto al vendedor y el comprador no reparará en la utilidad o beneficio que tales bienes le pueden deparar. De hecho no los adquirirá. || Surge con*

¹ Para apoyar esta afirmación, la demanda realiza una cita extensa de la decisión C-524/95 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

claridad que si una empresa tiene un objeto legal, al mismo tiempo es titular del derecho de promover sus productos, el cual puede ser limitado por la ley para jamás prohibido.”

El ejercicio suficiente de la facultad de hacer uso de la publicidad, en criterio del ciudadano Cáceres Corrales, resulta de mayor importancia para el caso de productos como el tabaco y las bebidas alcohólicas, puesto que existen expresas previsiones legales que ordenan informar a sus consumidores sobre los potenciales efectos en su estado de salud. Así, resultaría un contrasentido que a pesar de tales exigencias y la licitud de la producción de tabaco, el legislador prohibiera el uso de la publicidad de los productos mencionados. A este respecto el demandante enfatiza que “[l]os competidores en el mercado no tiene más opción que conquistar lealmente la voluntad de los consumidores cuando pueden presentar su producto con todos los elementos que sean útiles para la formación del juicio de dichos clientes. Si no pueden usar la publicidad, no pueden participar en el mercado de libre competencia.”

3.4. Para el actor, el hecho que existan varias normas de naturaleza tributaria, de carácter nacional y local, que gravan la fabricación y comercialización de los productos derivados del tabaco, es prueba fehaciente que se trata de una actividad lícita y, por ende, cobijada por la libertad de empresa. En ese sentido, las disposiciones acusadas desbordan el objetivo de la Ley 1335/09, pues dicha normatividad tiene por finalidad la protección de la salud pública, pero las reglas demandadas terminan por prohibir una actividad comercial en particular, a partir de la restricción absoluta de sus canales de promoción. Además, no puede perderse de vista que la producción y venta de los bienes citados ha sido aceptada con un alto grado de libertad, al punto que no están sometidos a requisitos como la consecución de registro sanitario por el Invima. En consecuencia, existe una contradicción evidente entre el reconocimiento amplio de la licitud de la comercialización del tabaco y sus derivados y la prohibición de la publicidad propia de la libertad económica.

IV. INTERVENCIONES

4.1. Intervención del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

El Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, mediante apoderada judicial, intervino en el presente proceso con el fin de solicitar a la Corte la declaratoria de exequibilidad de los artículos demandados. Sostiene que las limitaciones impuestas a la publicidad de productos de tabaco son adecuadas, toda vez que constituyen “una política pública en materia de derecho a la vida, salud, ambiente sano y protección de los menores de edad, que obliga a tomar las medidas necesarias y drásticas para la cesación del consumo del tabaco.” En este sentido, afirma que los

aportes demandados de la Ley 1335 de 2009 representan un avance en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano al ratificar y aprobar el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, mediante la Ley 1109 de 2006.

Agrega que en aplicación de la Ley 1109 de 2006, la prohibición de la publicidad de productos de tabaco está dirigida a evitar su consumo, finalidad que se encuentra acorde con la protección del derecho a la vida, a la salud y a un ambiente sano.

Así, el Ministerio concluye que *“debe primar el derecho a la vida, a la salud y a un ambiente sano, frente a la libertad de empresa que es a la norma que acude el señor demandante. Las libertades económicas son reconocidas por la Constitución pero es la Ley la que delimita el alcance cuando así lo exija el interés general de la comunidad. No hay derechos absolutos, es una libertad que se encuentra atemperada por el interés colectivo.”*

4.2. Intervención del Ministerio de la Protección Social

Mediante apoderado judicial, el Ministerio de la Protección Social presentó los siguientes argumentos dirigidos a defender la constitucionalidad de las normas acusadas. En primer lugar, afirma que la prohibición de publicidad de productos de tabaco busca proteger la salud de los habitantes y ajustar el ordenamiento jurídico interno a los instrumentos internacionales sobre la materia. Al respecto, precisa que de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, los Estados parte están obligados a: (i) vigilar el consumo de tabaco y adelantar políticas de prevención; (ii) proteger a la población de la exposición al humo de tabaco; (iii) ofrecer ayuda a los fumadores para abandonar este hábito; (iv) advertir de los peligros que el consumo representa para la salud; (v) adoptar medidas relacionadas con prohibir la publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco; y (vi) elevar los impuestos de estos productos.

En segundo lugar, señala que en el Estado social de derecho las autoridades públicas tienen la responsabilidad de garantizar la efectividad del derecho a la salud de los ciudadanos. De ahí que, en su criterio, las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho a la libertad de empresa, previstas en los artículos demandados, son un medio para la satisfacción de los fines del Estado en el ámbito de la salud.

En tercer lugar, indica que *“la regulación contenida en la Ley 1335, en general y, en particular en lo relativo a la publicidad, tiene su origen en la abrumadora evidencia científica que demuestra que el humo del tabaco produce enfermedades, discapacidad y muerte en las personas fumadoras.”* Así, a su juicio, uno de los elementos que incrementa el consumo del tabaco *“es la publicidad en los diferentes medios de comunicación dirigidos al*

público en general y sobre los cuales el poder de discriminar el receptor del mensaje es mínimo o limitado.”

En cuarto lugar, el Ministerio aduce que la medida relativa a la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco, en contraposición a medidas de prohibición parcial, se justifica en la necesidad de prevenir el consumo en toda la población. En esta medida, señala que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, particularmente en la sentencia C-665 de 2007, decisión en la que la Corte analizó la exequibilidad de la Ley 1109 de 2006 *“por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco’*, las restricciones a la publicidad y promoción del tabaco son constitucionalmente admisibles.

Finalmente, afirma que el modelo constitucional colombiano permite la intervención del Estado en la economía para salvaguardar los derechos de los habitantes y el bienestar general. Al respecto, reitera los argumentos expuestos por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en el sentido de señalar que, a diferencia de lo estimado por el demandante, el derecho a la libertad de empresa debe ceder ante los derechos a la vida y a la salud de la población que buscan proteger las normas acusadas. Además, el Ministerio explica que, en todo caso, dichas normas *“[n]o vulnera[n] la libertad de empresa, la iniciativa privada ni la libre competitividad”*, pues la prohibición a la publicidad de productos de tabaco *“es adecuada, suficiente, proporcional y goza de racionalidad conforme al bien jurídico que se protege.”*

4.3. Intervención del Ministerio de Educación Nacional

A través de escrito dirigido a esta Corporación por intermedio de apoderado judicial, el Ministerio de Educación Nacional solicita la declaratoria de exequibilidad de los artículos demandados. Para el efecto, el Ministerio indica, al igual que el Ministerio de la Protección Social, que en concordancia con la sentencia C-665 de 2007, las restricciones a la publicidad y promoción del tabaco son constitucionalmente admisibles. En este sentido, transcribe *in extenso* varios apartes de la citada sentencia.

Dado lo anterior, el Ministerio sostiene que *“el Convenio Marco [de la OMS para el control del tabaco] y su Ley aprobatoria 1109 de 2006, hacen posible el desarrollo legislativo que se ha concretado en la expedición de la Ley 1335 de 2009, sobre cuyas disposiciones acusadas conceptúo que deben ser mantenidas, o en otras palabras, que no son materia susceptible de inexecutable, pues no se está restringiendo con ella la libertad de empresa, como tampoco la libertad de mercados, ya que se mantienen como posibles, legalmente, la siembra y cultivo del tabaco, su recolección y elaboración domésticos o su exportación en rama y/o en productos fabricados, su distribución dentro de ciertas condiciones a los mercados del tabaco y de los productos derivados del mismo.”*

Adicionalmente, indica que el propósito buscado mediante las normas demandadas tiene respaldo constitucional, dado que pretenden proteger el derecho a la salud de las personas, particularmente de los menores, a través de la prohibición de la publicidad de los productos derivados del tabaco. En este sentido, afirma que se debe tener en cuenta que de conformidad con los informes realizados por la Organización Mundial de la Salud sobre la materia, *“a fin de sobrevivir, la industria tabacalera necesita sustituir con nuevos consumidores jóvenes a quienes abandonan el tabaco o mueren.”*

4.4. Intervención de la Comisión Nacional de Televisión

La Comisión Nacional de Televisión, por intermedio de apoderado judicial, solicita ante la Corte Constitucional declarar la exequibilidad de los artículos demandados. Para sustentar su solicitud, afirma que el fin buscado por las normas acusadas es legítimo y constitucionalmente importante, toda vez que dichas disposiciones buscan proteger el derecho a la salud de las personas y en especial de los niños, mediante el control de los medios de divulgación de los productos derivados del tabaco. Esto, en el entendido que el consumo de esos productos tiene efectos nocivos en el cuerpo humano. Al respecto, la Comisión Nacional de Televisión precisa: *“Es entonces el fin supremo de la protección de la salud de los colombianos y de la salud de los niños en especial y de ampararlos en los riesgos que los productos referidos tienen sobre la salud, el que justifica la prohibición como la que se plantea en cuanto a la publicidad de sus productos.”*

De otro lado, la Comisión advierte que en concordancia con el artículo 333 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional (sentencias C-425 de 1992, C-176 de 1996, C-624 de 1998, C-616 de 2001, C-665 de 2007), el derecho a la libertad de empresa no tiene carácter absoluto. Sobre el servicio público de televisión, la Comisión señala que éste está sujeto a la prevalencia del interés público sobre el interés privado, razón por la cual *“los artículos objeto de la presente acción no pueden reñir con el concepto constitucional de “libertad de empresa”, pues el interés privado que pueda tener el accionante no puede primar sobre el interés público.”*

Además, en su criterio, la prohibición total de publicidad de productos de tabaco es adecuada y conduce a la satisfacción del fin constitucional señalado, pues dado que de manera particular las normas demandadas pretenden proteger a los menores del consumo de esos productos, en este caso no se puede argüir que los menores pueden decidir si compran o no los artículos publicitados. Es por ello que en este contexto, *“la libertad económica puede ser limitada con el fin de alcanzar objetivos de interés general, y más en el servicio público de televisión que es un servicio especial, cuyas características son tan particulares que le ubican en una posición privilegiada frente a los demás medios de comunicación social.”*

4.5. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

En escrito dirigido a esta Corporación, la Academia Colombiana de Jurisprudencia intervino en el presente proceso para defender la exequibilidad de las normas demandadas. Reitera, en primer lugar, que la Ley 1335 de 2009 hace parte del desarrollo legal del Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco, incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 1109 de 2006.

En segundo lugar, acoge los argumentos expuestos por el Ministerio de la Protección Social, en el sentido de afirmar que de acuerdo con lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-665 de 2007, las restricciones a la publicidad y promoción del tabaco son constitucionalmente admisibles. Además, afirma que, contrariamente a lo sostenido por el demandante, las disposiciones acusadas no vulneran el derecho a la libertad de empresa, comoquiera que *“se mantienen como posibles, legalmente, la siembra y cultivo del tabaco, su recolección y elaboración domésticos o su exportación en rama y/o en productos fabricados, su distribución dentro de ciertas condiciones a los mercados del tabaco y de los productos derivados del mismo.”*

4.6. Intervención de la Universidad de Ibagué

El Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué solicita ante la Corte declarar la exequibilidad de las disposiciones demandadas. Para el efecto, adujo que de conformidad con el artículo 333 de la Constitución, la actividad económica y la iniciativa privada se encuentran limitadas por el bien común. En su criterio, dicha limitación justifica la intervención del Estado en la economía *“máxime cuando está en juego la salud pública que se erige entonces en causa o motivo suficiente para limitar el ejercicio de un derecho individual como lo es la libertad de empresa.”*

De otro lado, destaca que en consideración de su artículo 1º, la Ley 1335 de 2009 tiene por objeto *“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”*. En este sentido, a su juicio, las normas acusadas coinciden con el contenido del artículo 44 de la Constitución, pues pretenden amparar los derechos de los menores evitando el consumo de tabaco en ese sector de la población.

Con base en el argumento anterior, el interviniente concluye que *“cuando el legislador dictó la Ley 1335 de 2009 con el objeto de contribuir a garantizar los derechos de la salud del territorio nacional, “especialmente la de los menores de 18 años de edad” (niños, niñas y adolescentes) está cumpliendo a cabalidad el mandato constitucional de proteger la salud y la vida de los niños, y es apenas lógico que para cumplir este cometido deba acudir a*

imponer reglas prohibitivas como las contenidas en los artículos 14, 15, 16 y 17 acusados en la citada Ley, porque la publicidad es un medio por el que se induce a los menores de edad a consumir el tabaco que científicamente es considerado como altamente adictivo y que puede llevar a deteriorar la salud del ser humano causando incluso la muerte.”

4.7. Intervención de la Universidad Nacional de Colombia

El Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Nacional de Colombia solicita ante la Corte declarar la exequibilidad de las disposiciones demandadas. Afirma, en primer lugar, que de conformidad con el artículo 13 del Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco, incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 1109 de 2006, el Estado colombiano (i) reconoce que *“una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco.”*; (ii) *“procederá a una prohibición total de dicha forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.”* En este sentido, reitera que mediante la sentencia C-665 de 2007, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de dicho Convenio, así como de su Ley aprobatoria.

Con base en el argumento expuesto, en segundo lugar, coincide con la Academia Colombiana de Jurisprudencia al indicar que la Ley 1335 de 2009 hace parte del desarrollo legal del Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco. Al respecto, señala: *“las disposiciones demandadas por el actor, a saber los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335, son precisamente parte de las medidas mediante las cuales el Estado colombiano pretende dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 13 del Convenio Marco, por lo que se entiende que no sólo hay un reconocimiento ante la comunidad internacional por parte del Estado colombiano de pertinencia, necesidad y utilidad de tales medidas, sino que además hay un compromiso y una obligación legal y constitucional del Estado de dar aplicación a las mismas.”*

En tercer lugar, explica que en concordancia con el artículo 333 Superior y la jurisprudencia constitucional (sentencias C-425 de 1992 y C-524 de 1995), el derecho a la libertad de empresa no es un derecho de carácter absoluto, toda vez que puede ser restringido cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y los derechos fundamentales. Es por ello que el legislador se encuentra facultado para imponer restricciones a ese derecho, *“máxime cuando tales limitaciones son imperativas en atención a los compromisos adquiridos por Colombia ante la comunidad internacional y éstos han sido asumidos en el bloque de constitucionalidad dada la aprobación efectuada por el Congreso.”*

Finalmente, el Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Nacional de Colombia presenta, a manera de anexo, un cuadro comparativo sobre las medidas adoptadas por varios países en relación con la incorporación del Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco.

4.8. Intervención de la Universidad del Rosario

Edgar Iván León Robayo y Yira López Castro, profesores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario intervinieron en el presente proceso con el fin de defender la exequibilidad de las disposiciones demandadas. Señalan que en virtud del artículo 333 de la Constitución, la libertad de empresa tiene como límites el bien común, el interés social y el patrimonio cultural de la nación. Igualmente, si se trata de una persona jurídica, el derecho a la libertad de empresa se encuentra sujeto a las restricciones relacionadas con *“las formas legales que así lo permiten y seguir los requisitos para su constitución, las exigencias sobre capital mínimo, al igual que las obligaciones contables y tributarias, entre otros aspectos.”*

En este orden de ideas, indican que en ejercicio del derecho a la libertad de empresa, *“el empresario puede hacer uso de estrategias publicitarias que promocionen la compra de bienes que produce.”* Al respecto, advierten que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el examen de constitucionalidad de las normas que tienen contenido económico debe ser débil, comoquiera que la Constitución protege la libertad de empresa y la iniciativa privada. Así, explican que en virtud de la sentencia C-010 de 2000, *“el examen de las disposiciones referidas a la publicidad comercial se encuentra guiado por un escrutinio débil de constitucionalidad que implica que las disposiciones examinadas sólo resultan inconstitucionales en aquellos casos en los que: (i) se persigan fines incompatibles con la Constitución; (ii) se empleen medios abiertamente prohibidos por el texto constitucional o (iii) no exista una relación de adecuación entre las finalidades perseguidas y los medios empleados.”*

Con base en los argumentos expuestos, la Universidad del Rosario sostiene que, a diferencia de lo estimado por el demandante, las normas acusadas se ajustan a la Constitución, toda vez persiguen un fin constitucionalmente valioso, este es, la protección del derecho a la salud de todas las personas. Así mismo, dado que la publicidad hace parte del conjunto de las denominadas libertades económicas y no del ejercicio de la libertad de expresión, *“está claro que las autoridades no encuentran un límite constitucional para prohibir la publicidad.”* Por último, en su criterio, debido a que los mensajes publicitarios tienen incidencia directa sobre las decisiones de los consumidores, *“se trata de una medida razonable el hecho de que el legislador haya decidido prohibir o restringir su publicidad como medio para desincentivar el consumo de tabaco en Colombia.”*

4.9. Intervención de la Universidad Externado de Colombia

El profesor Dionisio Manuel de la Cruz Camargo, del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia intervino en el presente proceso con el fin de solicitar a la Corte

la declaratoria de exequibilidad de los artículos demandados. Reitera que en concordancia con el artículo 333 Superior y la jurisprudencia constitucional, el derecho a la libertad de empresa no es un derecho de carácter absoluto, pues puede ser restringido cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y los derechos fundamentales. Empero, afirma que si bien el derecho a la libertad de empresa no tiene un carácter absoluto, el Estado está sujeto a importantes límites en relación con su facultad de intervención en la economía. Al respecto, explica que de conformidad con el criterio de la Corte Constitucional en esta materia, la intervención del Estado en la economía: *“(i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; (iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y (v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”*

En aplicación de los argumentos indicados, a juicio de la Universidad las normas demandadas deben ser declaradas exequibles por esta Corporación, porque la publicidad no hace parte del núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa, pues en el presente caso dicho núcleo consiste en el derecho a la fabricación y comercialización del tabaco. En tercer lugar, dichas disposiciones persiguen un fin constitucionalmente valioso, este es, la protección del derecho a la salud de todas las personas. En cuarto término, en este ámbito, el deber de solidaridad del Estado se expresa en el cumplimiento de su obligación de proteger la salud y la vida de las personas. Finalmente, la medida de prohibición total de la publicidad de productos de tabaco está en concordancia con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, porque *“impedirá que menores adquieran un hábito mortal a través del espejismo que se transmite a través de la publicidad y mediante la promoción que muchas veces consiste en la provisión gratuita de tabaco y sus derivados.”*

4.10. Intervención de la Asociación de Operadores de Televisión por Suscripción y Satelital de Colombia

El Presidente de la Asociación de Operadores de Televisión por Suscripción y Satelital de Colombia intervino en el presente proceso con el fin de solicitar a la Corte la declaratoria de inexecutable de los artículos demandados. Señala que de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 335 de 1996, *“Cada canal de un concesionario de televisión por suscripción, que transmita comerciales distintos de los de origen, deberá someterse a lo que reglamente la Comisión Nacional de Televisión al respecto.”* A su juicio, la norma transcrita implica que existen dos tipos de comerciales que son transmitidos por las empresas concesionarias del servicio de televisión por suscripción: *(i)* aquellos que son editados en el país en el que se origina la señal; *(ii)* los que son introducidos por el concesionario en espacios que los programadores dejan libres, previa negociación con el concesionario de cada país, es decir, *“los que la ley califica como comerciales distintos de los de origen.”*

En virtud de lo expuesto, el interviniente explica que los únicos comerciales que están sujetos a las regulaciones expedidas por la Comisión Nacional de Televisión son los incorporados por el concesionario, y no los que son editados en el país que origina la señal. Esto es así, *“si tenemos en cuenta que al concesionario no le está permitido modificar el contenido de la señal de origen, so pena de hacerse acreedor a las sanciones que la ley de derechos de autor establece para ese tipo de violaciones.”*

En este sentido, señala que el artículo 14 de la Ley 1335 de 2009 debe ser declarado inexecutable porque de conformidad con Ley 335 de 1996, jurídicamente no es viable imponer limitaciones a los operadores de televisión por suscripción en relación con la emisión de señales producidas en el exterior. Además, porque como se indicó, los operadores de televisión por suscripción no pueden modificar el contenido de la señal de origen. Por las razones expuestas, *“no puede la ley demandada establecer de tajo la responsabilidad para los concesionarios del servicio de TV por suscripción frente a los contenidos de publicidad que se emitan o transmitan por los programadores internacionales.”*

En suma, la Asociación de Operadores de Televisión por Suscripción y Satelital de Colombia manifiesta: *“apoyamos los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad de las normas contenidas en la Ley 1335 de 2009, relacionadas con la publicidad producida en el exterior, pues adicional a los argumentos que sustentan el desconocimiento a la libertad de empresa y la libre competencia, se desconoce por parte del legislador la imposibilidad que existe para los operadores de esta industria, ejercer una prohibición o impedimento a los programadores internacionales de transmitir comerciales o publicidad de tabaco.”*

4.11. Intervención de la Liga Colombiana contra el Cáncer

La Presidenta Nacional de la Liga Colombiana contra el Cáncer solicita ante la Corte declarar la exequibilidad de las disposiciones demandadas. En primer lugar, advierte que en el presente proceso existe cosa juzgada constitucional, toda vez que mediante la sentencia C-665 de 2007, la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de las normas de la Ley 1109 de 2006 – aprobatoria del Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco- que prohíben la publicidad de productos de tabaco. Adicionalmente, destaca que en la sentencia C-010 de 2000, esta Corporación sostuvo que la protección del derecho a la salud constituye una justificación válida para limitar el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, particularmente en el caso de la prevención del tabaquismo.

En segundo lugar, señala que mediante la incorporación al ordenamiento jurídico interno del Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco, el Estado colombiano reconoció *“los riesgos del tabaco sobre la salud y el carácter epidémico del tabaquismo sobre la población, más particularmente*

sobre los niños.” En ese sentido, afirma que en la Tercera reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco, el Estado colombiano también reconoció que la prohibición de la publicidad de la industria tabacalera constituye una medida eficaz para prevenir el tabaquismo.

En tercer lugar, reitera los argumentos expuestos por la Comisión Nacional de Televisión, en el sentido de afirmar que el fin buscado por las normas acusadas es legítimo y constitucionalmente importante, toda vez que dichas normas buscan proteger el derecho a la salud de las personas y los derechos fundamentales de los niños.

Por último, coincide con el criterio según el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución y la jurisprudencia de esta Corporación, el derecho a la libertad de empresa no tiene un carácter absoluto, pues está sujeto a la prevalencia del interés general e implica obligaciones relacionadas con la protección del bienestar de la población.

4.12. Intervención del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia

El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia intervino en el presente proceso para defender la constitucionalidad de los artículos 14 a 17 de la Ley 1335 de 2009. Para sustentar su petición, señala que las normas acusadas constituyen restricciones razonables a la libertad de empresa, en tanto pretenden que el Estado colombiano pueda cumplir sus deberes constitucionales de amparar a las personas de los riesgos derivados del tabaco.

Con base en ese argumento, Dejusticia considera que el punto de partida para analizar la exequibilidad de los artículos acusados implica *“el reconocimiento de que el tabaco ocasiona graves problemas a la salud de las personas y a los sistemas de salud, al menos por cinco factores que interactúan entre sí. Primero, el consumo de tabaco es adictivo, (...). Segundo, el tabaco ocasiona muy graves daños a la salud de los consumidores, (...). Tercero, el humo de tabaco afecta no sólo al usuario sino también a terceros, los llamados “fumadores pasivos”, pues quienes se encuentran en un lugar cercano a quien consume tabaco terminan afectados por el humo del fumador. (...). En cuarto lugar, los servicios de salud deben dedicar cuantiosos recursos a atender las enfermedades asociadas al consumo de tabaco; a su vez, dichas enfermedades implican pérdidas de productividad considerables y costos generales importantes a las economías nacionales. Finalmente, sobre todo para las personas de escasos recursos, en los países pobres, la adicción al tabaco consume una parte no despreciable de los ingresos familiares, lo cual reduce el gasto en vivienda, educación o salud.”*

Ahora bien, dados los graves efectos del tabaco sobre la salud, a su juicio, el Estado colombiano está obligado a regular de manera estricta la producción,

comercialización y consumo del tabaco. En efecto, de conformidad con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y la jurisprudencia constitucional, el derecho a la salud es un derecho fundamental que implica para el Estado el deber de garantizar el acceso de todos los habitantes al sistema de salud, así como *“la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole y la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de la salud.”* Así, en su criterio, el Estado colombiano tiene la obligación de prevenir las enfermedades asociadas con el consumo del tabaco, así como los *“factores subyacentes”* que las causan.

Indica que, de hecho, el argumento anterior fue acogido por la Corte en la sentencia C-665 de 2007, sentencia mediante la cual la Corporación analizó la exequibilidad de la Ley 1109 de 2006 *“Por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco’*. En este sentido, reitera que la Ley 1335 de 2009 hace parte del desarrollo legal del Convenio Marco. Entonces, resultan constitucionalmente admisibles las limitaciones impuestas por la Ley 1335 de 2009 en relación con la publicidad de los productos derivados del tabaco, pues de ello depende *“que se pongan en marcha medidas estrictas para implementar el convenio Marco y para reducir los daños sanitarios asociados al consumo de tabaco y a la exposición del humo de cigarrillo.”*

En consecuencia, el derecho constitucional a la libertad de empresa puede ser restringido en aras de salvaguardar los derechos fundamentales, en este caso, los derechos fundamentales a la salud y a la vida. Al respecto, recuerda que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte (sentencias C-425 de 1992 y C-176 de 1996), las actividades económicas que traen consigo un riesgo social deben ser estrictamente reguladas, comoquiera que en virtud del texto constitucional el interés general tiene prevalencia sobre el interés particular. De este modo, *“se desprende también la necesidad de control de estas iniciativas particulares, pues, por un lado, se puede poner en peligro la dignidad humana; y por el otro, el artículo 365 de la Constitución le ordenó a las autoridades públicas mantener la vigilancia sobre este tipo de actividades.”*

En este punto, afirma que de acuerdo con la sentencia C-624 de 1998, los órganos de representación política deben tener en cuenta los parámetros definidos por la jurisprudencia de la Corte, con el propósito de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales sobre las libertades económicas. La verificación de las limitaciones impuestas por el Legislador o el Ejecutivo en este ámbito, implica evaluar *“(i) si la limitación, - o prohibición-, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida por el ordenamiento constitucional; (ii) si la restricción propuesta es potencialmente adecuada para cumplir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es, que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente, (iv) debe la Corte examinar si el núcleo*

esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume.”

Por tanto, el derecho a la libertad de empresa no es absoluto, pues está sujeto a restricciones y cargas de orden constitucional y legal. Con relación al derecho de propiedad, en la sentencia C-870 de 2003, la Corte precisó que *“Sobre él recaen una serie de cargas que son necesarias para que el dictado de la solidaridad sea real y efectivo. Una de esas cargas consiste en que el ejercicio del derecho de propiedad debe servir para mantener el medio ambiente sano y libre de elementos que puedan perjudicar la salud de los ciudadanos.”*

Ahora bien, respecto de las limitaciones impuestas por el Legislador a la industria del tabaco, en la sentencia C-524 de 1995 la Corte ha afirmado que la protección del derecho a la salud constituye una justificación válida para restringir la publicidad de artículos que sean nocivos para el cuerpo humano y el medio ambiente. Igualmente, en la sentencia C-665 de 2007, *“Al revisar las medidas que propone el Convenio para evitar el consumo de tabaco, la Corte encontró que todas se ajustaban a la Constitución, en la medida en que buscan proteger a las personas de los efectos nocivos del tabaco.”*

En este orden de ideas, a juicio del interviniente, el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa se concreta en el derecho a escoger y realizar determinadas actividades o fabricar determinados productos, pero no incluye la promoción o publicidad de esas actividades o productos, especialmente cuando éstos representan importantes riesgos sociales. Frente a estos riesgos sociales, como el derivado del consumo de tabaco, estima que el Estado debe adoptar medidas para desincentivar su adquisición o consumo, tal y como lo prevé el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco. Al respecto, explica: *“En esos casos, que son muy comunes frente a vicios, (...) es entonces perfectamente legítimo que el Estado recurra a una forma que algunos autores han denominado ‘mercado pasivo’, esto es, un mercado que el Estado y la sociedad simplemente toleran, pero que desestimulan, por considerar que se trata de vicios o actividades no deseables; entonces el Estado no sólo limita las posibilidades de desarrollo a nivel espacial y temporal de esas actividades (...) sino que prohíbe cualquier forma de publicidad de la misma y le impone altos impuestos, todo con el fin de desestimular el consumo de esos productos o la realización de esas actividades.”*

Sobre este argumento, el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia indica que en sociedades pluralistas y democráticas como la colombiana, la prohibición absoluta del consumo de tabaco en personas adultas resulta problemática. Sin embargo, la prohibición de publicidad de productos de tabaco se ajusta a la Carta, en tanto tolera y a la vez disuade su consumo. En este sentido, recuerda que en la sentencia C-665 de 2007, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 13 del Convenio Marco que

establece que los Estados deben buscar *“una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.”*

4.13. Intervención de Federación Nacional de Comerciantes – Fenalco

La Federación Nacional de Comerciante – Fenalco intervino en el presente proceso para solicitar ante la Corte declarar la inexecutable de las disposiciones demandadas, *“o se module la exequibilidad del artículo 16 de la Ley 1335 de 2009.”* En este sentido, Fenalco sostiene: *“el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009 establece la prohibición de “toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados.” Debe anotarse que no existe, ni dentro de la propia Ley 1335 de 2009 ni en otro ordenamiento jurídico, una definición del término “promoción” que pueda utilizarse para entender qué es exactamente lo que el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009.”* En su criterio, la falta de claridad sobre el término “promoción”, *“conlleva el riesgo de que se interprete que quedan prohibidas actividades que son lícitas y que están protegidas por la Constitución Política.”* Así, a su juicio, *“es importante que la exequibilidad del artículo 16 quede condicionada a la existencia de una definición razonable del término “promoción” que no viole los derechos contenidos en la Carta Magna.”*

Al respecto, señala que así como el derecho a la libertad de empresa no es absoluto, el derecho a la salud tampoco tiene esa condición. Entonces, en el presente caso corresponde a la Corte ponderar la efectividad de los derechos en comento, sin menoscabar el núcleo esencial de ninguno de ellos. En consecuencia, *“si no se adopta una definición razonable y proporcional para interpretar el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009, éste podría resultar violatorio de la Constitución al volver imposible la realización del núcleo de los derechos establecidos en los artículos 20, 61, 333 y 334 de la propia Constitución.”*

De otro lado, la Federación afirma que el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009 vulnera el derecho a la igualdad de los empresarios de la industria tabacalera, pues los comerciantes y productores de mercancías que también representan un riesgo para la salud no enfrentan restricciones similares a las establecidas en dicho artículo relacionadas con la publicidad de sus productos.

Así, el interviniente concluye: *“sería posible delimitar el contenido del término promoción por otras vías, haciendo referencia a las actividades que técnicamente se entienden tales, como el ofrecimiento de productos de manera gratuita o en condiciones más favorables por períodos limitados de tiempo, o bien el ofrecimiento de producto adicional sin costo, las rifas y concursos y sus consecuentes premios. Esta definición, en armonía con los artículos 14, 15 y 17, también podría permitir alcanzar los objetivos de salud pública sin vulnerar derechos fundamentales.”*

4.14. Intervención de la Compañía Colombiana de Tabaco – Coltabaco S.A.

Por intermedio de apoderado judicial, la Compañía Colombiana de Tabaco – Coltabaco S.A. solicita ante la Corte declarar la *“inexequibilidad condicionada del artículo 16 de la Ley 1335 de 2009.”* Para fundamentar su solicitud, Coltabaco reitera los argumentos expuestos por la Federación Nacional de Comerciante – Fenalco, en el sentido de sostener que el término “promoción” contenido en el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009 resulta ambiguo. En su criterio, la falta de claridad sobre el término “promoción” podría lesionar actividades lícitas amparadas por la Constitución y ley.

Coltabaco explica que aunque la Ley 1335 de 2009 no establece una definición de la expresión “promoción”, *“existen varias fuentes en el Derecho Colombiano que indican cuál debe ser la definición apropiada del término en este contexto. Cada una de esas fuentes sugiere que el término “promoción” debe ser usado de manera limitativa y que debe alcanzar sólo un número limitado de técnicas que, en sentido estricto, no constituyen publicidad (tales como la distribución gratuita, la distribución de cupones y productos de manera gratuita).”* A su juicio, tales “técnicas” no constituyen publicidad, pues están dirigidas al público en general *“y no sólo a consumidores adultos cuya condición de fumadores haya sido previamente verificada.”*

Para una adecuada definición del término “promoción”, en su criterio, se debe tener en cuenta que el proyecto de ley que concluyó en la Ley 1335 de 2009 establecía en su artículo 14 -ahora artículo 16 de dicha Ley-, medidas que limitaban la publicidad de productos derivados del tabaco relacionadas con la distribución gratuita de esos productos, pero no la prohibición total de publicidad prevista en la norma demandada. Así, *“La redacción original del artículo 16, citada anteriormente, demuestra que el Legislativo tenía la intención de cubrir en dicha prohibición sólo ciertos tipos, específicos y limitados de “promociones”, es decir, aquellos que involucraban la oferta y distribución de muestras gratuitas de productos de tabaco, y no otras formas de comunicación comercial.”*

Por último, reitera el argumento según el cual, el artículo 16 de la Ley 1335 de 2009 vulnera el derecho a la igualdad de los empresarios de la industria tabacalera, pues los comerciantes y productores de mercancías que también representan un riesgo para la salud no enfrentan restricciones similares a las establecidas en dicho artículo relacionadas con la publicidad de sus productos.

4.15. Intervención del ciudadano Juan Pablo Cardona González

El ciudadano Juan Pablo Cardona González intervino en el presente proceso con el fin de solicitar a la Corte la declaratoria de inexequibilidad de los artículos demandados. Para el efecto, recoge lo señalado por el demandante,

en el sentido de afirmar que las normas acusadas violan los artículos 333 y 334 de la Constitución, comoquiera que establecen una prohibición total de la publicidad de productos de tabaco, a pesar de que la fabricación y comercialización de dichos productos constituye una actividad lícita. A su juicio, *“Los empresarios tienen derecho de ofrecer y promocionar sus bienes en el mercado, ello forma parte del núcleo esencial del derecho a la libre empresa.”*

Además, señala que la prohibición total en cuestión desborda los principios de proporcionalidad y razonabilidad, pues se coarta de manera absoluta el ejercicio del derecho a la libertad de empresa que incluye el derecho de los empresarios a publicitar sus productos. Al respecto, sostiene: *“So pretexto de amparar, proteger y garantizar los derechos a la salud y conexos no se pueden vulnerar y desconocer abiertamente otros derechos contenidos en la Constitución económica, ambos deben ponderarse con juicio, razonabilidad y proporcionalidad.”* Así, *“el legislador en estas materias de promoción, publicidad y patrocinio de manera desproporcionada e irracional pasó del rango razonable de la regulación del mercado, al de la prohibición absoluta, a través de todo medio masivo de comunicación y a través de la prohibición total de promoción.”*

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante escrito radicado en esta Corporación en la oportunidad procesal correspondiente, la Procuradora General de la Nación (E) presentó el concepto previsto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, en el que solicita a la Corte que declare la exequibilidad de las normas acusadas.

Para sustentar su solicitud, el Ministerio Público reitera, en primer lugar, que la Ley 1335 de 2009 hace parte del desarrollo legal del Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco, incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 1109 de 2006. Advierte que el propósito principal del Convenio es *“proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo del tabaco.”*

En este sentido, en segundo lugar, afirma que en la sentencia C-665 de 2007, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 13 del Convenio Marco que establece que los Estados deben buscar *“una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.”* Así, sostiene que la Corte señaló que las restricciones a la publicidad y promoción del tabaco son constitucionalmente admisibles.

En tercer lugar, precisa que *“los estudios de la Organización Mundial de la Salud demuestran que la adicción al tabaco disminuye las expectativas de vida las personas. El tabaquismo es un problema de salud pública, que*

ocasiona un alto índice de incapacidad y muertes prematuras, causadas por enfermedades de carácter crónico, degenerativas e irreversibles. En el caso particular de Colombia, en el año 2000, los informes disponibles revelan que hubo ‘17.473 muertes atribuibles al consumo de tabaco. Nuestro país presenta 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.’²”

Igualmente, en cuarto lugar, aduce que en concordancia con la sentencia C-665 de 2007, desde hace varios años las autoridades públicas han desarrollado una política pública enfocada *“en la progresiva limitación publicitaria de la venta y consumo de cigarrillos y tabaco, en la protección del medio ambiente y de los derechos de terceros no fumadores, que pueden verse afectados con la exposición al humo, y en la prevención de la adicción temprana.”*

Dado lo anterior, el Ministerio público precisa: *“Es menester aclarar, en relación con las disposiciones impugnadas, dos puntos: i) que su constitucionalidad no puede analizarse al margen de las demás disposiciones que conforman el corpus juris de la lucha antitabaquismo en el país, las cuales se derivan de compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano, en el marco del Convenio de la OMS para el control del tabaco; y (ii) que la población más vulnerable en este contexto, está representada por los menores de edad, los adictos a la nicotina y los no fumadores.”*

Así, la Procuraduría General de la Nación concluye que, a diferencia de lo sostenido por el demandante, las normas acusadas no son incompatibles con el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, pues en esta materia, debido a que están en juego la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de las personas, el Estado tiene amplias facultades de regulación que pueden incluir la prohibición de la publicidad de productos derivados del tabaco.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte.

La Corte Constitucional es competente para conocer el asunto de la referencia, según lo estipula el artículo 241-4 C.P., al tratarse de una demanda contra una ley de la República.

Problema jurídico y metodología de la decisión

1. El ciudadano Cáceres Corrales considera que las normas acusadas, cuyo objetivo es imponer prohibiciones a la publicidad y promoción de productos

² Ministerio de Salud. ENFRECH. Tabaquismo, tomo II, 1998.

de tabaco, al igual que los empresarios que los producen, importan o comercializan, patrocinen eventos deportivos o culturales, desconocen las libertades económicas y de empresa. Para el actor, la facultar de promocionar el consumo de tabaco, producto cuya comercialización es lícita, hace parte del núcleo esencial de dichas facultades, por lo que prohibir la publicidad significaría una afectación desproporcionada e irrazonable a la producción y venta de tabaco, actividades que son reconocidas por el ordenamiento jurídico y que son expresiones legítimas del ejercicio de la libre iniciativa privada. Agrega que el ejercicio de la publicidad de dichos productos se hace necesaria, no solo con el fin de garantizar el ejercicio de la libertad de empresa, sino también para cumplir constitucionalmente valiosos, como la información a los consumidores sobre sus efectos.

Un grupo significativo de intervinientes, al igual que el Ministerio Público, se oponen a la pretensión del demandante y solicitan a la Corte que declare la exequibilidad de las normas acusadas, puesto que el ejercicio de la libertad de empresa no es absoluto, sino que está sometido a las restricciones derivadas de la dirección general de la economía por parte del Estado. Para el caso planteado, resulta constitucionalmente admisible que se impongan restricciones intensas, e incluso prohibiciones a la publicidad y promoción del tabaco, pues el consumo de esta sustancia configura un grave problema de salud pública, como lo han reconocido instrumentos internacionales suscritos por Colombia. Ante esta situación, no solo resulta aceptable sino obligatorio que se impongan restricciones dirigidas a desestimular el consumo de tabaco, entre ellas las ofrecidas por las normas acusadas, enmarcadas todas ellas en la voluntad estatal de llevar a la producción, importación y comercialización a la condición de un *mercado pasivo*, esto es, que aunque es jurídicamente tolerado, no está sujeto a la promoción estatal.

Otro grupo minoritario de intervinientes coadyuvan la solicitud de inexecutable, pues consideran que además del desconocimiento de la libertad de empresa, las normas acusadas incluyen fórmulas vagas, como es el caso del concepto “promoción”, lo cual implicaría que toda actividad destinada a poner a los productos de tabaco a disposición de sus clientes potenciales también recaería dentro de las acciones legalmente prohibidas, lo que llevaría a que en la práctica se terminara proscribiendo no solo la publicidad, sino también la comercialización del producto. Agregan que dichas prohibiciones a la publicidad, cuando se trata de medios audiovisuales, desconocerían mandatos legales que impiden que el operador de televisión por suscripción altere la señal ofrecida por medios internacionales, entre ellas la publicidad de productos de tabaco.

2. Conforme lo expuesto, corresponde a la Corte resolver el siguiente problema jurídico: ¿desconoce la libertad de empresa y la libre iniciativa privada la medida legislativa que prohíbe la publicidad y la promoción del tabaco? Para cumplir ese objetivo, la Sala acogerá la siguiente metodología: En primer término, recopilará las reglas fijadas por la jurisprudencia

constitucional sobre el contenido y alcance de las libertades mencionadas, para lo cual enfatizará en sus límites constitucionalmente admisibles, derivados de la dirección general del Estado en la economía. En este apartado también se dedicará a definir el papel de la publicidad, en su doble dimensión de elemento perteneciente a la libertad de empresa y a los derechos del consumidor, y manifestación, en todo caso restringida, de la libertad de expresión. Luego, hará una presentación acerca de la posición jurisprudencial sobre la instauración de medidas de desincentivo al consumo de productos de tabaco, apartado en el que expondrá las decisiones que la Corte ha adoptado sobre la materia, el contenido de los compromisos internacionales acerca del mismo tópico y algunos ejemplos de cómo ha sido asumida la problemática en el derecho comparado. Finalmente, a partir de las reglas que se deriven de los anteriores análisis, resolverá el caso concreto, para lo cual asumirá la metodología del juicio de proporcionalidad de las medidas legislativas objeto de estudio.

Límites constitucionalmente admisibles a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada

3. Es un tópico suficientemente definido en la jurisprudencia constitucional que la Carta Política no ofrece una perspectiva neutra frente al modelo económico aceptable, sino que toma partido por una régimen de *economía social de mercado*, el cual tiene entre sus características definitorias (i) el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, en tanto garantías indispensables para el logro del desarrollo económico y la prosperidad general. Para ello se impone una cláusula general compleja, la cual impide la exigencia de permisos previos o requisitos, al igual que la obligación estatal de promover la libre competencia y la libertad económica (Art. 333 C.P.); y (ii) la adscripción al Estado de la función de dirección general de la economía, tarea que se expresa en diversos planos, como son la verificación que la libre empresa se ejerza en los límites del bien común y la potestad de imponer limitaciones a esa libertad cuando lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Art. 333 C.P.). Sobre el particular, decisiones recientes de la Corte han contemplado que *“el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general.”*³

³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-228/10 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Fundamento jurídico 6.

La dirección general de la economía, según lo planteado, se expresa de forma más amplia a partir de dos aspectos definidos. En primer término, corresponde al Estado ejercer las medidas dirigidas a que las empresas, habida cuenta su condición de expresiones de la propiedad privada, cumplan las obligaciones que se derivan de su función social y ecológica (Art. 58 C.P.) En segundo lugar, dicha dirección general involucra un grupo de competencias estatales referidas a la intervención, por mandato legal, en aras de regular la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, 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 (Art. 334 C.P.) Asimismo, la norma constitucional prevé que la intervención estatal en la economía debe estar dirigida al aseguramiento del pleno empleo a los recursos humanos, el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos por parte de las personas con menores ingresos, al igual que la promoción de la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

4. Estas previsiones constitucionales llevan a concluir que la delimitación conceptual de las libertades económicas se inserta en el equilibrio entre el reconocimiento de las garantías necesarias para el intercambio económico y la obligación estatal correlativa de intervenir en el mercado con el fin de (i) garantizar la supremacía del bien común, representado en los objetivos identificados por el Constituyente como propios de ese interés general; y (ii) corregir, en el marco de la protección de la igualdad de oportunidades, las imperfecciones de dicho mercado que se conformen como barrera para el acceso de los bienes y servicios de las personas de menores ingresos o en condiciones de debilidad manifiesta.

De la misma manera, las citadas disposiciones implican que la libertad de empresa y la libre iniciativa económica deban entenderse como garantías constitucionales, que carecen en sí mismos de connotación iusfundamental⁴ y, en tal sentido, incorporan en su definición las restricciones e intervenciones legítimas que la Carta Política impone, razón por la cual, como sucede con los demás derechos y garantías, no tienen carácter absoluto. Se trata, en cualquier caso, de libertades de raigambre constitucional que, merced su vinculación con la función social y ecológica de la propiedad y la dirección general de la economía por parte del Estado, son de naturaleza autorrestringida.

En este orden de ideas, la jurisprudencia define a la libertad de empresa como *“aquella (...) que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes*

⁴ Esa condición no es incompatible con la posibilidad que se proteja el derecho a través de la acción de tutela cuando en el caso concreto se ha demostrado que la libertad económica y de empresa está en conexidad otros derechos, estos sí fundamentales. Como lo ha señalado la jurisprudencia, *“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. Es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental.”*. Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-157/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

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”.⁵ También ha dicho la Corte que dicha libertad “se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes”.⁶”⁷ Esta definición comparte muchos de sus elementos constitutivos con un concepto más amplio, el de libertades económicas, que engloba la libertad de empresa y la libre iniciativa privada. Para la Corte, dichas libertades son “expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada. En esa medida, la misma constituye un valor colectivo que ha sido objeto de especial protección constitucional. || Adicionalmente la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas.”⁸

5. Ahora bien, para lo que interesa a la presente sentencia conviene concentrarse en las modalidades de intervención del Estado en el ejercicio de las libertades económicas y en los requisitos que deben cumplir dichas acciones para que sean compatibles con la Constitución. En cuanto a lo primero, la jurisprudencia ha reconocido que la intervención del Estado en la economía puede darse a través de múltiples niveles y modalidades, a condición que tales actuaciones públicas estén precedidas de norma legal que regule el modo y grado de intervención. Para la Corte, “[l]a intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la

⁵ [cita del texto] Sentencia C-524 de 1995 MP Carlos Gaviria Díaz.

⁶ [cita del texto] Sentencia C-616 de 2001 MP Rodrigo Escobar Gil.

⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-070/04 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández.).

⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-616/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos. En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos.”⁹

En lo que respecta a la validez constitucional de las actividades estatales de intervención económica, la misma jurisprudencia ha identificado tanto los requisitos que deben cumplirse para la acreditación de tal validez, como el grado de intensidad y la metodología de escrutinio judicial de las medidas de intervención. Frente a lo primero, existe un precedente consolidado en el sentido que la medida de intervención estatal en la economía solo resultará admisible cuando se cumplan los siguientes requisitos: “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;¹⁰ iv) debe obedecer al principio de solidaridad¹¹; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad¹².”¹³

Los requisitos dos y cinco de la anterior enumeración refieren a la necesidad de efectuar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad entre el ejercicio de las libertades económicas y la garantía de los principios y valores constitucionales defendidos por la medida de intervención. Como se ha sostenido en esta decisión, las libertades económicas son garantías que encuentran restricción en las potestades de dirección del mercado por parte del Estado. No obstante, ese carácter autorrestringido no puede entenderse como un mecanismo que permita extender la medida de intervención más allá del núcleo esencial de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, de modo que las haga nugatorias y refrende un modelo económico de planificación centralizada. Antes bien, existe un interés reconocido y protegido constitucionalmente, en el sentido que deben preservarse las garantías mínimas que posibiliten el intercambio comercial y, de manera más amplia, la participación de los agentes de mercado, en un marco de condiciones que permita el desarrollo económico y la libre competencia. En ese orden de ideas, el control de constitucionalidad de la norma que establezca una modalidad de intervención del Estado en la economía, deberá realizarse a partir de parámetros definidos, relativos a la evaluación acerca de “(i) si la

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1041/07, (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹³ Existen varios pronunciamientos de la Corte que han reiterado estos requisitos. La transcripción expuesta C-615/02 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume”¹⁴.

Este escrutinio, como se observa, es de naturaleza débil, pues que se restringe a exigir que el fin perseguido por la limitación o prohibición persiga un fin constitucionalmente legítimo y la medida no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada, de modo que afecte el núcleo esencial de las libertades económicas. Ello se explica, como se ha señalado en este apartado, en el hecho que tales libertades conllevan en si mismas, amén su carácter autorrestringido, la posibilidad que el Estado, habida consideración de la dirección general de la economía que ostenta, pueda establecer limitaciones en aras de satisfacer el interés común que subordina al mercado de bienes y servicios.

La preferencia de la jurisprudencia constitucional por un juicio leve o débil de proporcionalidad, cuando se trata de normas que contemplan medidas de intervención económica, se encuentra entre otros fallos en la sentencia C-810/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett). En este caso, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 21 (parcial) de la Ley 14 de 1991, en cuanto preveía que un porcentaje determinado del presupuesto para publicidad de los organismos descentralizados debía utilizarse para pauta en la televisión pública, previsión que fue acusada en razón de la presunta discriminación que generaba frente a los canales privados y concesionados. Sobre el particular, la decisión previó que *“dado que el cargo central que se formula en el presente caso es de igualdad, es necesario tomar en consideración la justificación que pueden tener estas disposiciones, pues así lo exige el test que se habrá de aplicar. En efecto, en reciente pronunciamiento (sentencia C-673/01), esta Corporación explicó que la intensidad de dicho test de igualdad dependerá de la materia que, en cada caso, sea objeto de análisis; así, como regla general, en materias económicas, tributarias o de política internacional, se habrá de aplicar un test leve, que se limite a “establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado”.*”

Similares consideraciones fueron realizadas por la Sala en la sentencia C-031/03 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), cuando al estudiar la constitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 643/01, sobre operación de juegos de suerte y azar, recordó cómo *“la Corte ha aplicado el test leve “en ciertos casos que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el*

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-624/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-332/00 (M.P. Fabio Morón Díaz) y C-392/07 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve. Por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, de una norma contenida en un tratado que afecta derechos fundamentales. [...]. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corporación ha aplicado igualmente en tres hipótesis más un test leve de razonabilidad de medidas legislativas: 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión"¹⁵. (Subrayas no originales).¹⁶

¹⁵ Sentencia C-673 de 2001; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶ La distinción entre los diferentes grados de intensidad del test de proporcionalidad y la aplicación del nivel leve para el caso de las medidas de intervención económica ha sido reiterado en la jurisprudencia más reciente de la Corte. Así por ejemplo, en el fallo C-354/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en el marco del estudio de constitucionalidad de una de las reglas sobre agencias de seguros, previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Sala señaló lo siguiente:

“Tal como se puso de presente por la Corte en la Sentencia C-720 de 2007, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, para que una restricción de los derechos fundamentales pueda considerarse constitucionalmente aceptable se requiere que la misma no vulnere una garantía constitucional específica y supere el test o juicio de proporcionalidad. Este juicio quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.

La Corte ha sostenido que el control de constitucionalidad en general, y el juicio de proporcionalidad en particular, adoptan diversas modalidades – leve, intermedia o estricta – según su grado de intensidad.

De acuerdo con la jurisprudencia, la regla general en el control de constitucionalidad es la aplicación de un test leve de proporcionalidad en el examen de una medida legislativa, criterio que se fundamenta en el principio democrático, así como en la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas.

El test leve se orienta a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita, cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, idóneo para alcanzar el fin propuesto.

Sin que se trate de una enunciación taxativa, y sin que el contenido de una disposición sea el único criterio relevante para definir la intensidad del juicio de constitucionalidad, puede señalarse que la Corte ha aplicado un test leve de proporcionalidad en casos que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias, o, 3) de política internacional, o, 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; o, 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.

Para la Corte, las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias en la propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad.

La Corte ha empleado el llamado test intermedio para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia, o, 3) cuando se trata de una medida de acción afirmativa.

En el test intermedio el nivel de exigencia del análisis es mayor, por cuanto se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino, también, constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver y que el medio, no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial.

Finalmente, en la Sentencia C-673 de 2001 la Corte enunció algunos casos en los que se ha aplicado un test estricto de razonabilidad: 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos, prima facie,

6. En conclusión, la libertad de empresa y la libre iniciativa económica son garantías constitucionales necesarias para la concurrencia de los distintos agentes al mercado en condiciones equitativas y de libre competencia. La definición del contenido y de alcance de estas libertades económicas debe analizarse necesariamente a partir del reconocimiento de la potestad estatal de la dirección general de la economía, cuyo objetivo es la satisfacción de principios y valores superiores vinculados con la supremacía del interés general. Ese reconocimiento implica, entre otros aspectos, la admisibilidad *prima facie* de medidas legislativas y administrativas que regulen y limiten las libertades económicas, siempre y cuando se ajusten a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, juicio que tendrá un nivel de escrutinio débil, en razón de la fórmula constitucional que reconoce la necesidad de intervención del Estado en el mercado, a fin de asegurar los propósitos previstos en la Carta Política.

El papel de la publicidad comercial en el ejercicio de las libertades económicas

7. Uno de los aspectos en que se expresa las libertades económicas es la posibilidad de publicitar los productos y servicios, a fin de incentivar su consumo. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que tanto la publicidad como la propaganda son expresiones de las citadas libertades y que, por ende, logran reconocimiento constitucional como aspectos que integran tales derechos. A este respecto, la Corte ha definido¹⁷ a la propaganda como la actividad destinada a dar a conocer al público un bien o servicio con el fin de atraer adeptos, compradores, espectadores o usuarios, o crear simpatizantes, a través de cualquier medio de divulgación. A su vez, ha denotado a la publicidad como la propagación de noticias o anuncios de carácter comercial o profesional con el propósito antes indicado.

La importancia nodal publicidad en la sociedad contemporánea y sus profundas implicaciones con distintas aristas del derecho constitucional son asuntos que cobran una especial relevancia para esta decisión. En los tiempos actuales, en donde prima el intercambio comercial y el permanente flujo de información que incentiva la adquisición de bienes y servicios, el ejercicio de la publicidad interesa en grado sumo al orden jurídico. Para la presente sentencia, es pertinente adentrarse en tres planos de vinculación entre la publicidad y el derecho constitucional, a saber, (i) la publicidad como actividad protegida por las libertades económicas; (ii) la relación entre la publicidad y los derechos del consumidor; y (iii) la publicidad como discurso constitucional reconocido. Pasa la Corte a exponer los aspectos centrales de cada uno de los planos mencionados.

afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental, o, 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio."

¹⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-355/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

La publicidad y la libertad de empresa

8. En apartados anteriores de este fallo se determinó que la actividad protegida por las libertades económicas es la implementación de procedimientos dirigidos a la producción de bienes y servicios, destinados a la comercialización y subsiguiente obtención legítima de lucro. Es evidente que uno de las etapas esenciales para asegurar tal comercialización es contar con la publicidad para que los consumidores conozcan y opten por adquirir el producto de que se trate. Desde la perspectiva económica, por ende, la publicidad tendría la doble función de prodigar información al consumidor y obtener un cambio en su tendencia de consumo, de modo que elija el producto publicitado por sobre otros que concurren al mercado. Esto trae como consecuencia que los datos que ofrece la publicidad sean, ante todo, un modalidad de persuasión al consumidor, que a partir de la relevancia de las virtudes y ventajas de producto, induzcan a su adquisición. Incluso, la publicidad puede buscar incidir en una práctica social determinada, a fin de configurar opciones estables de consumo en una comunidad dada, al punto de influenciar al aparato estatal para que prodigue políticas públicas que permitan o faciliten el ejercicio de esa opción de consumo.¹⁸ Como se observa, la publicidad no tiene por objeto lograr formas más eficientes de uso de los recursos, sino simplemente modificar los gustos del consumidor, para que prefiera un producto dentro de un mercado dado.

La necesidad de la publicidad para la comercialización de cara al derecho constitucional, conlleva al menos dos consecuencias definidas. En primer término, si el Estado reconoce las libertades económicas como garantías a favor de los ciudadanos, necesarias para la preservación de la economía social de mercado, entonces la publicidad también es objeto de protección, puesto que es parte integrante del esfuerzo productivo y la ulterior concurrencia del agente y sus productos al mercado. En segundo lugar, al inscribir a la publicidad dentro del grupo de actividades comprendidas en el concepto de libertad de empresa y libre iniciativa económica, podrá el Estado imponerle limitaciones, restricciones, e incluso prohibiciones a sus distintas manifestaciones, a condición que se cumplan los requisitos identificados por la jurisprudencia constitucional para la validez de los actos de intervención económica, en especial el cumplimiento de condiciones de razonabilidad y proporcionalidad de la actividad estatal.

En este orden de ideas, la publicidad comercial comparte el carácter autorrestringido explicado anteriormente para las libertades económicas. Este carácter, a su vez, afecta el grado de intensidad y la metodología del escrutinio judicial de las medidas, en este caso legislativas, que impongan límites a dicha actividad. En términos simples, las herramientas de análisis judicial de las

¹⁸ Estas características son tomadas de COASE, R.H. "Advertising and Free Speech" 6 *Journal of Legal Studies*. 1-34 (1977).

medidas de intervención en la economía, son plenamente aplicables para el caso de previsiones legales que impongan limitaciones, requisitos y prohibiciones a las prácticas propias de la publicidad comercial.

La publicidad y los derechos de los consumidores

9. Se ha señalado que la publicidad es, ante todo, un mecanismo de transmisión de mensajes persuasivos, que buscan dirigir las preferencias de los ciudadanos hacia la adquisición de determinado bien o servicio. Esto implica que el mensaje publicitario, por definición, carezca de condiciones de imparcialidad o plena transparencia en la presentación de los datos sobre las propiedades del producto o servicio, puesto que toda actividad en este sentido estará enfocada en destacar las virtudes del bien ofrecido. Ante esta realidad de la práctica económica y habida consideración de los profundos cambios que involucra el paso de una concepción jurídica liberal del mercado, de reducida intervención estatal, al grado de injerencia propia del modelo de economía social de mercado,¹⁹ la Constitución prevé en su artículo 78 la potestad legal de regular tanto la calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, como la información que debe suministrarse al público.

Esta previsión constitucional vincula la intervención estatal de la publicidad comercial a los derechos de consumidor. Como se expresó anteriormente, una

¹⁹ Sobre esta transformación, reciente la Corte realizó algunas consideraciones que ilustran mejor el fenómeno. Así, en la sentencia C-749/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), se señaló cómo “... el tratamiento de los derechos de los consumidores y usuarios tuvo un cambio significativo a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991. En el periodo preconstitucional, la relación entre los sujetos que concurren al circuito comercial de distribución de bienes y servicios (productores, comercializadores y consumidores) estaba basada en las reglas propias del liberalismo económico. Los consumidores, en su condición de adquirentes de los productos, estaban en un plano de igualdad de negociación con los oferentes de los mismos y, en caso que se encontraran desequilibrios en su compraventa, bien por desigualdades ostensibles en el precio o en la calidad exigible de las mercaderías, tenían a su disposición las herramientas propias del derecho civil para reparar el daño sufrido (resarcimiento de la lesión enorme, saneamiento por evicción o por los vicios ocultos del bien, responsabilidad civil contractual, etc.). Esto implicaba, como es obvio, la presunción que los productores, intermediarios y consumidores (i) acceden al mercado en idénticas condiciones; (ii) tienen a su disposición el mismo grado y calidad de la información; (iii) poseen idénticas condiciones de acceso a la solución jurisdiccional de los conflictos que se susciten en esas relaciones de intercambio. || El cambio cualitativo antes citado radica en el reconocimiento, por parte del derecho constitucional, de las hondas desigualdades inmanentes al mercado y al consumo. De un lado, el avance de la ciencia y la tecnología en la sociedad contemporánea y, sobre todo, la especialización en los procesos productivos, ocasiona grandes asimetrías de información entre los sujetos que concurren al intercambio de bienes y servicios. En efecto, los consumidores suelen carecer del conocimiento y experticia suficientes para discernir acerca de los aspectos técnicos que definen la calidad de los productos, incluso aquellos de consumo ordinario. De igual modo, los fabricantes y comercializadores son, en la mayoría de ocasiones, conglomerados empresariales que tienen a su disposición infraestructuras que, a manera de economías de escala, participan en el mercado económico e, inclusive, concurren ante las autoridades administrativas y judiciales con evidentes ventajas, habida cuenta la disponibilidad de recursos, asesorías profesionales permanentes de primer nivel y conocimiento acerca del funcionamiento de las instancias de resolución de conflictos jurídicos, derivada de la condición de litigantes recurrentes. || 7. Los consumidores, en ese marco de información asimétrica y desigualdades fácticas con los comercializadores y productores, adoptan sus decisiones de adquisición de bienes y servicios basados, esencialmente, en relaciones de confianza. El prestigio obtenido por determinada marca, la novedad del bien o, en muchas ocasiones, el éxito mediático de una campaña publicitaria, llevan al consumidor a optar por determinado producto, incluso en aquellos casos en que su uso conlleva riesgo social, como sucede con los alimentos, los fármacos de venta libre, los vehículos, etc.”

de las funciones de dicha publicidad es transmitir información a los integrantes del mercado sobre las calidades del bien o servicio. En tal sentido, la cantidad y calidad de datos sobre los productos que ofrezcan los comerciantes a través del mensaje publicitario, son elementos críticos para el juicio de adecuación de las opciones de consumo. La jurisprudencia ha reconocido que la función estatal en este campo se concentra en garantizar que las decisiones de consumo sean informadas, disminuyendo las asimetrías que impidan el conocimiento previo a la adquisición de productos y servicios seguros y de aceptable calidad. En ese sentido, la Corte ha reconocido que los derechos de los consumidores tienen naturaleza *poliédrica*, pues integran el deber estatal de garantizar diversos planos de eficacia, relacionados con la calidad y seguridad de los productos, la adecuada y suficiente información sobre los mismos y el aseguramiento de la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios. Para el precedente en comento, “[l]os derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor, cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores) ||Los poderes públicos, en las instancias de producción y aplicación del derecho, en la permanente búsqueda del consenso que es característica del Estado social y misión de sus órganos, deben materializar como elemento del interés público que ha de prevalecer, el de la adecuada defensa del consumidor, para lo cual deben habilitarse procedimientos y mecanismos de participación y de impugnación con el fin de que sus intereses sean debidamente tutelados. La apertura y profundización de canales de expresión y de intervención de los consumidores, en los procesos de decisión de carácter público y comunitario, pertenecen a la esencia del derecho del consumidor, puesto que sin ellos los intereses difusos de este colectivo, que tienen carácter legítimo, dejan de proyectarse en las políticas públicas y en las actuaciones administrativas, con grave perjuicio para el interés general y la legitimidad de la función pública, llamada no solamente a aplicar el derecho preexistente sino a generar en torno de sus determinaciones el mayor consenso posible.”²⁰

10. El reconocimiento de la potestad legal de regulación del modo que se expresa la información comercial ha permitido a la Corte pronunciarse acerca de la legitimidad constitucional de regulaciones que han previsto límites o condiciones de determinadas modalidades de publicidad comercial. Así por

²⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1141/00 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Este fallo adelantó el control de constitucionalidad de algunas normas del Decreto Ley 3466/82 sobre restricción de responsabilidad a favor de los comercializadores de bienes y servicios

ejemplo, en la sentencia C-355/94 (M.P. Antonio Barrera Comercial), la Corte declaró la inexecutable de normas contenidas en la Ley 35 de 1989, que prevenían la prohibición que los odontólogos utilizaron instrumentos de publicidad para atraer a los usuarios potenciales de sus servicios, so pena de incurrir en falta contra la ética profesional. En dicho fallo, la Sala aceptó que, de conformidad con las previsiones del artículo 78 Superior, era competente para determinar la compatibilidad entre el mensaje publicitario utilizado por quienes ejercen profesiones liberales y los derechos del consumidor, en especial la información suficiente y adecuada sobre el contenido y calidades de los servicios ofrecidos. Para el caso analizado, la Corte concluyó que dicho mensaje, en sí mismo, no podía considerarse contrario a la ética, puesto que tenía el propósito de poner en conocimiento de la comunidad la información necesaria para ilustrar las distintas opciones de consumo. Por ello, la publicidad comercial incluso podría mostrarse como necesaria, en el marco de las transacciones económicas de los mercados contemporáneos. Para la Sala, *“... si bien la publicidad se relaciona, en principio, con la actividad comercial, no puede desconocerse que hoy en día, dado el enorme número de profesionales que existen en ciertas áreas, se hace difícil la identificación y localización de quienes se hallan en capacidad de prestar un determinado servicio, y por este motivo se hace necesario que quien posee un arte o profesión pueda ponerlo al servicio de la sociedad y darlo a conocer a través de la publicidad. (...) A juicio de la Corte, es admisible que quienes ejercen una profesión liberal acudan a la publicidad y la propaganda para dar a conocer sus cualidades, siempre que éstas no se utilicen por encima de los límites de la ética o entronquen la competencia profesional desleal y puedan consecuentemente configurar un abuso del derecho, contrario a la preceptiva del numeral 1° del artículo 95 de la C.P., la cual señala entre de los deberes de las personas "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios".”*

Consideraciones análogas fueron utilizadas por la Corte en la decisión C-116/99 (M.P. María Victoria Sáchica Méndez), que declaró la inconstitucionalidad de la norma de la Ley 23 de 1981 que fijaba como una restricción propia de la ética médica el que la mención de títulos académicos, honoríficos, científicos, o de cargos desempeñados, solamente podría hacerse en publicaciones de carácter científico. En este caso la Sala reiteró las consideraciones anteriores, en el sentido que una restricción de esta naturaleza desconocería la facultad, legítima desde la perspectiva constitucional, que los médicos pudieran publicitar sus servicios y, por ende, informar a sus usuarios sobre su contenido y calidades. Sin embargo, también se indicó que las previsiones del artículo 78 Superior llevaban a inferir que el ejercicio de la publicidad no tenía carácter ilimitado sino que, antes bien, estaba sometido a restricciones que lo hicieran compatible con la vigencia de los derechos de los consumidores, más aún cuando se trataba de la promoción de servicios de salud, en los que los estándares exigidos de calidad de la atención y probidad de los profesionales que los suministran deben ser sustancialmente más altos. Así, se estaba ante la tensión entre la posibilidad

de ejercer la publicidad por parte de los médicos y la protección del derechos de los usuarios, en especial el de recibir información adecuada y suficiente, que les permitiera elegir servicios médico asistenciales seguros y de calidad. Para el caso propuesto, la Sala concluyó que la restricción contenida en la norma acusada era desproporcionada, puesto que (i) impedía dicha suministro de información en alto grado; e incluso (ii) podía poner en riesgo la buena práctica médica, al incidir en la posibilidad que se promocionaran servicios faltos de idoneidad. En tal sentido, la Corte indicó:

“Como se puede colegir, al comparar dichos presupuestos, la finalidad esperada con la disposición legal que se examina, no se compadece con la magnitud del alcance de la limitación que por la misma asumen los médicos en algunas de sus libertades y derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, por lo cual resulta desproporcionada. Más aún, si se repara en dos situaciones adicionales : la primera, que las publicaciones médicas de tipo científico además de ser muy reducidas en el país, tienen una circulación restringida a este grupo de profesionales ; la segunda, que a través de controles legales al uso de la publicidad en general, con la correspondiente definición de faltas a la ética médica y de sus respectivas sanciones de orden disciplinario, civil o penal, puede lograrse la finalidad que sustenta la norma, como lo es el de impedir un uso indebido de la publicidad para promocionar los servicios médico profesionales, evitando un perjuicio en la competencia leal que debe existir entre miembros de una misma profesión y en los intereses generales que atañe su ejercicio.

Lo anterior, permite concluir que en el presente caso, la medida adoptada en la regulación contenida en la norma cuestionada, no es proporcional al fin que con ella se pretende y en cambio, niega el ejercicio y la salvaguarda de derechos de rango constitucional, con lo cual se afecta su núcleo esencial.

(...)

[S]ustentar la defensa de la constitucionalidad de la norma *sub examine* en el hecho de que se puede hacer un uso indebido de la publicidad por parte de los galenos al difundir sus servicios, por los engaños que allí pudieren producirse - como lo sostienen algunos intervinientes - constituye, además de una discriminación inaceptable a la luz de nuestro ordenamiento constitucional para un grupo de profesionales, el desconocimiento del principio de la buena fe durante el ejercicio profesional médico, el cual rige para todas las profesiones y, en especial, en la medicina, dado el alto componente axiológico que comporta la misma y que, por consiguiente, acompaña a sus profesionales en el ejercicio de su labor, lo que hace que de producirse una actuación antiética en ese sentido, la misma resulte ser fruto de la excepción y no de la generalidad.

En consecuencia, en defensa del derecho que les asiste a los profesionales médicos a informar ciertos aspectos relevantes a su ejercicio profesional, de interés social, y a la comunidad de recibir dicha información, mediante el uso de una publicidad legítima y amplia, en un plano de igualdad con otros profesionales, bajo los controles legales correspondientes que permitan proteger ese interés general inherente al ejercicio de la ciencia médica, la Corte declarará la inexecutable de la disposición acusada en la parte resolutoria de esta providencia, por encontrarla violatoria de mandatos superiores, en particular, los artículos 13, 20 y 25 de la Constitución Política.”

11. En conclusión, el mandato de protección de los derechos de los consumidores, mediante la regulación de la información que se suministra al público para la comercialización de bienes y servicios, ha permitido a la jurisprudencia constitucional adelantar el escrutinio de normas legales que prevén limitaciones y requisitos a la publicidad comercial. En los casos analizados, la Corte ha concluido que la simple transmisión del mensaje publicitario no afecta el ordenamiento constitucional, el cual resultaría quebrantado cuando se impidiera la entrega de información que ilustre las opciones de consumo o cuando, de manera general, atente contra bienes y valores constitucionales identificables.

La publicidad comercial como discurso excepcionalmente protegido por las libertades de expresión e información

12. El tercer plano en que se manifiesta la publicidad es su condición de discurso. Se ha señalado en los apartados anteriores que uno de los fines del mensaje publicitario es la de transmitir información a los consumidores sobre la calidad del producto o servicio puesto al mercado. En ese sentido, la publicidad comercial, en tanto contiene un mensaje que desea divulgarse por el interesado en la venta del bien, estaría cobijada por las libertades de expresión e información.

En efecto, de manera consonante con el catálogo de principios básicos del derecho liberal, el artículo 20 C.P. consagra la libertad a toda persona para expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, al igual que la fundar medios masivos de comunicación. Fórmulas similares se encuentran en disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, que integran el bloque de constitucionalidad. A este respecto, el artículo 19-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé al derecho a la libertad de expresión como la potestad de toda persona para buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Del mismo modo, el artículo 13-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone una previsión de idéntico contenido.

El reconocimiento del derecho a la libertad de expresión e información, como se observa, tiene un carácter amplio, lo cual implicaría que la publicidad comercial estaría cobijada por esa garantía constitucional. El mensaje publicitario es una modalidad de expresión de los agentes que concurren al mercado, destinada a informar a los consumidores sobre las calidades y condiciones de los bienes y servicios. Esta ha sido la posición asumida por decisiones anteriores de la Corte, cuando han previsto que *“el derecho a transmitir o conducir una información a otros, e igualmente, el correlativo derecho de éstos a recibirla, se consideran como matices de la libertad de expresión, la cual es objeto de protección constitucional. (art. 20 C.P.). Por lo tanto, dicha libertad se predica con respecto a las personas que ejercen*

*profesiones liberales y se desconoce cuando se les priva del derecho de hacer uso legítimo de la publicidad, pues las restricciones a estos derechos deben tener una justificación seria, razonable y proporcionada a la finalidad que se busca.*²¹

Por ende, tanto el mandato constitucional como las normas de derechos humanos llevarían a concluir que las limitaciones que se podrían imponer al discurso comercial no podrían tener una mayor intensidad que las admisibles para otras modalidades de expresión, como la prensa o las opiniones. No obstante, como lo ha señalado la jurisprudencia, esa conclusión parte de una comprensión parcial de los contenidos constitucionales que inciden en el grado de protección de la publicidad comercial. Como se ha explicado en precedencia, el mensaje publicitario no solo es un instrumento de información, sino también es una expresión de la libertad de empresa y un escenario de garantía de los derechos del consumidor. En ese orden de ideas, el grado de intervención estatal en la difusión del mensaje publicitario tendrá que analizarse con base en las reglas antes descritas, las cuales permiten que por ministerio de la ley puedan imponerse restricciones, siempre que se cumplan los propósitos propios de la intervención del Estado en la economía y/o la protección de los derechos del consumidor, y se esté ante una medida que responda a criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

13. Sobre las limitaciones constitucionales admisibles a la publicidad comercial resulta especialmente relevante la sentencia C-010/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), decisión en la que la Corte estudió la constitucionalidad de varias disposiciones integrantes de la Ley 24 de 1966, normatividad que reglamenta la transmisión de programas por servicios de radiodifusión. Entre los preceptos analizados se estudió aquellos dirigidos a prohibir (i) la publicidad comercial en los órganos de radiodifusión de naturaleza pública; y (ii) los mensajes publicitarios destinados a la propaganda de profesionales que carezcan del correspondiente título de idoneidad, al igual que a la promoción de espiritistas, hechiceros, pitonisas, adivinos y demás actividades similares.

La Corte partió de advertir, como ya se ha señalado, el carácter específico de la publicidad comercial y, por ende, su tratamiento constitucional diferenciado, amén de su naturaleza de modalidad de ejercicio de las libertades económicas. Así, se indicó que “[u]na interpretación sistemática y teleológica conduce sin embargo a otra conclusión, a saber, que la publicidad comercial no recibe la misma protección constitucional que otros contenidos amparados por la libertad de expresión, por lo cual la ley puede intervenir más intensamente en la propaganda, como se verá a continuación. || La Constitución expresamente establece que la ley debe regular la información que debe suministrarse al público para la comercialización de los distintos bienes y servicios (CP art. 78), lo cual significa que la Carta no sólo permite sino que ordena una regulación de esta materia, mientras que en manera

²¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-355/94, ya citada.

alguna autoriza que la ley reglamente la información que se debe proveer en materia política, religiosa, cultural o de otra índole. || Este mandato específico sobre la regulación de la información comercial, que obviamente incluye la publicidad, deriva de la estrecha relación de estos mensajes con la actividad económica y de mercado, en la medida en que constituyen un incentivo para el desarrollo de determinadas transacciones comerciales. Esto significa que la actividad publicitaria es, en general, más un desarrollo de la libertad económica que un componente de la libertad de expresión, por lo cual la propaganda comercial se encuentra sometida a la regulación de la “Constitución económica””

A partir de esta afirmación, la Sala estimó que la publicidad comercial es una modalidad de discurso que no es depositario del mismo grado de protección que otras manifestaciones de información o de ideas, estas sí amparadas por los postulados propios de la libertad de expresión. Esto debido a que no tiene por objeto alentar la participación y deliberación democráticas, sino simplemente facilitar las transacciones económicas. En ese orden de ideas, es válido que el legislador imponga restricciones, incluso intensas, a la publicidad comercial, siempre y cuando no involucren la violación directa de derechos fundamentales o tratamientos desproporcionados o irrazonables contra el agente de mercado que hace uso del mensaje publicitario. A este respecto, la Corte consideró en la sentencia en comento que “... la ley puede regular en forma más intensa el contenido y alcance de la divulgación de esta publicidad, y por ende, el control constitucional es en estos casos menos estricto. En términos generales, y conforme a los criterios metodológicos establecidos por esta Corporación en decisiones precedentes²², una regulación de la publicidad comercial se ajusta a la Carta, si constituye un medio adecuado para alcanzar un objetivo estatal legítimo. Por ende, una norma de ese tipo puede ser declarada inexecutable sólo si de manera directa vulnera derechos fundamentales, o recurre a categorías discriminatorias, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas. Es decir, si la ley que regula la publicidad comercial no vulnera claramente la carta fundamental ni establece regulaciones manifiestamente irrazonables o discriminatorias, debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas generales que autorizan la intervención estatal en la economía y en la información de mercado.”

La misma jurisprudencia ha contemplado que las limitaciones a la publicidad comercial pueden llegar a ser particularmente intensas, cuando el Estado encuentra que determinada actividad, a pesar de ejercerse lícitamente, debe desestimarse en razón de los perjuicios objetivos que genera en la sociedad o el peligro verificable de daño a terceros. En tal sentido, no se opone *prima facie* al ordenamiento constitucional que el legislador disponga reglas que busquen la conformación de un mercado pasivo, esto es, la existencia de correlativa de la autorización para la producción y comercialización de

²² Ver, entre otras, las citadas sentencias C-265 de 1994 y C-445 de 1995.

determinado bien o servicio y la fijación de políticas destinadas a desincentivar su consumo. Para la Corte, *“es necesario tener en cuenta que existen ocupaciones o transacciones económicas que un legislador democrático puede considerar dañinas socialmente, y que por ende juzga que deben ser limitadas. Sin embargo, ese mismo legislador puede concluir que es equivocado prohibir esas actividades, por muy diversas razones. Por ejemplo, con base en diversos estudios sociológicos, los legisladores pueden considerar que la interdicción total es susceptible de generar un mercado negro ilícito, que en vez de reducir el daño social ligado a los intercambios económicos no deseados, tienda a agravarlo. En casos como esos, la sociedad democrática puede asumir la opción de crear lo que algunos estudiosos denominan un "mercado pasivo", esto es, la actividad es tolerada, por lo cual es legal, pero no puede ser promovida, por lo cual toda propaganda en su favor es no sólo prohibida, o fuertemente restringida, sino que incluso las autoridades adelantan campañas publicitarias en contra de esas actividades. Este tipo de estrategias ha sido desarrollado en algunos países para, por ejemplo, controlar el abuso de sustancias psicoactivas legales, como el alcohol o el tabaco. || Conforme a lo anterior, no es pues contradictorio, ni en sí mismo viola la Carta, que la ley prohíba la publicidad comercial a una actividad, que es legal, puesto que es válido que las autoridades establezcan distintas formas de “mercado pasivo” para aquellas ocupaciones que son toleradas, pero que la sociedad juzga necesario desestimular. Sin embargo, para que una medida de esa naturaleza no sea discriminatoria, ni violatoria del pluralismo (CP art. 7 y 13), tienen que existir no sólo razones muy claras que expliquen esa interdicción, o restricción de la publicidad, sino que además la medida debe ser proporcionada al logro del objetivo que se pretende alcanzar.”*

En el caso estudiado por la Corte, se llegó a la conclusión que la prohibición de publicidad de servicios de espiritismo y hechicería resultaba desproporcionada e irrazonable, en tanto no existía un riesgo social objetivo y verificable derivado de esas actividades, que permitieran imponer restricciones intensas a dicho mensaje publicitario. Por ende, se declaró inexecutable el apartado normativo correspondiente.

14. El vínculo entre la publicidad comercial y la libertad de expresión ha sido bien documentado en el derecho comparado. Al respecto resulta ilustrativa la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, la cual ha tendido a precisar el ámbito de protección de ese derecho, en lo que respecta al *discurso comercial*. El aspecto central de esta dinámica jurisprudencial es la transformación que ha sufrido el grado de protección del discurso comercial, el cual no era objeto de salvaguardia en una primera etapa, pero que fue progresivamente logrando niveles específicos de garantía, aunque siempre comprendiéndose como un discurso separado y particular, distinto al destinado a la promoción de ideas, debate e información.²³ La transformación tiene lugar desde el fallo *Valentine v.*

²³ Sobre este proceso de transformación, Vid. US Government Printing Office. *Analysis and Interpretation of the Constitution. Annotations of Cases Decided by the Supreme Court of the United States*. 2002 Edition Págs. 1176-1185. Disponible en Internet: <http://www.gpoaccess.gov/constitution/browse2002.html#supp> Una

Chrestensen,²⁴ en el que la Corte Suprema consideró que el discurso comercial no era objeto de protección de la Primera Enmienda sobre libertad de expresión, puesto que se trataba de la simple promoción de un producto. Esto permitió que en el caso citado la Corte Suprema estadounidense validara una ordenanza local que prohibía la distribución de volantes para la promoción del alquiler de un submarino, la cual en su reverso criticaba las políticas de la ciudad que impedían el uso de los muelles de la ciudad para ese vehículo.

Esta posición, que mantuvo su vigor por más de treinta años, vino a ser modificada con los fallos *Bigelow v. Virginia*²⁵ y *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council*²⁶. En el primero de ellos, la Corte Suprema declaró contraria a la Primera Enmienda la criminalización por parte del Estado de Virginia de la publicidad en periódicos sobre la disponibilidad de procedimientos de aborto en Nueva York. Para llegar a esta conclusión, la Corte consideró que la publicidad comercial no solo tenía un contenido puramente económico, sino también otro de información, el cual sí recaía en el ámbito de protección de la Primera Enmienda. En el caso planteado, la información consistía en la disponibilidad del servicio de salud en otro Estado, cuya publicitación no podía ser censurada o eliminada por autoridad del Estado en donde se publica el aviso de prensa.

Argumentos similares fueron utilizados en el caso *Virginia State Board of Pharmacy*, en el que la Corte Suprema apoyó las pretensiones de un grupo de consumidores que se oponían a una prohibición estatal para la publicidad de los medicamentos objeto de prescripción. Para la Corte Suprema, el discurso comercial no solo contenía promoción económica, sino también información vinculada con el interés público, en especial con los datos necesarios para encausar las decisiones de consumo. Así, “*el interés del consumidor de recibir información fáctica sobre los precios puede incluso tener un mayor valor que el debate político, en tanto cualquier asunto relacionado con la competencia de precios y el acceso a la información sobre estos es de interés público.*”²⁷

Luego de estas modificaciones conceptuales, que se mostraban casi opuestas a las defendidas originalmente en *Valentine*, la Corte llegó a un acuerdo jurisprudencial, basado en el reconocimiento de (i) el contenido dual, informativo y económico, de la publicidad comercial; y (ii) la admisibilidad de restricciones estatales al discurso comercial, en tanto expresión de la actividad económica. Este balance fue expuesto en la sentencia *Central Hudson Gas & Electric Co. v. Public Service Commission*.²⁸ En este caso, la Comisión de Servicio Público de Nueva York prohibió la publicidad comercial una central de generación de energía, destinada al aumento del consumo de ese fluido. La

explicación detallada de las modificaciones del grado de protección del discurso comercial en el constitucionalismo estadounidense se encuentra en SULLIVAN, Kathleen. GUNTER, Gerald. *Constitutional Law*. Fifteenth Edition. Foundation Press. Págs. 1160-1191.

²⁴ 316 U.S. 52 (1942)

²⁵ 421 U.S. 809 (1975).

²⁶ 425 U.S. 748 (1976).

²⁷ *Cfr. Analysis and Interpretation...* (Ob. Cit). Págs. 1177-1178. Traducción libre de la Corte.

²⁸ 447 U.S. 557 (1980).

restricción tuvo lugar como consecuencia de una crisis de suministro de combustible, pero continuó luego de superada la misma. En este caso, la Corte Suprema estableció una metodología para el escrutinio judicial de las medidas de intervención estatales en el discurso comercial, conocida tradicionalmente como el *Central Hudson Test*. Según esa metodología, para determinar la constitucionalidad de una medida de ese tipo, debe tenerse en cuenta que (i) el objeto de protección de la Primera Enmienda sobre libertad de expresión es la función informativa del discurso comercial. Por ende, los demás aspectos del mensaje publicitario, pueden restringirse e incluso suprimirse; (ii) si el discurso comercial, con esta precisa caracterización, es objeto de protección, el interés del Estado en restringirlo debe ser identificable. Así, para la Corte Suprema debe existir un *interés sustancial* del Estado, que debe ser alcanzado mediante la restricción del discurso comercial; (iii) la restricción no puede avalarse si solo logra cumplir con el interés sustancial de modo remoto o no efectivo. Por ende, la regulación debe conllevar un *avance significativo* en el cumplimiento del interés estatal; finalmente (iv) si el interés estatal puede lograrse por una medida menos gravosa al discurso comercial, la política más gravosa no es admisible. En este caso, la Corte Suprema ha aplicado un test de proporcionalidad menos estricto, puesto que no requiere que la finalidad estatal buscada sea imperiosa, sino que se limita a exigir haya un vínculo razonable entre medios y fines, de modo que la restricción sea *diseñada estrechamente para alcanzar el objetivo deseado*.

15. La utilidad del *Central Hudson Test* se ha hecho evidente en casos posteriores.²⁹ Así por ejemplo, en la decisión *Posadas de Puerto Rico Assocs. v. Tourism Company of Puerto Rico*³⁰ la Corte avaló una ley del Estado Asociado de Puerto Rico que prohibía la publicidad de casinos. La Corte Suprema consideró que el interés sustancial defendido por el Estado para obtener tal limitación era la reducción de la demanda por las apuestas en casino por parte de los habitantes del Estado, en aras de satisfacer objetivos insertos en la salud, la seguridad y el bienestar de los mismos. Además, la medida cumplía con criterios de proporcionalidad, puesto que se limitaba a proscribir la publicidad, más no la actividad de los casinos, lo que hacía que la política legislativa se restringiera a los propósitos antes enunciados, vinculados todos con el interés público. No obstante, estos criterios *prima facie* amplios a favor de intervenciones intensas en el discurso comercial, fueron morigerados posteriormente en *Liquormart Inc. v. Rhode Island*,³¹ donde se estableció que el discurso comercial acerca del precio de bebidas alcohólicas recaía en el ámbito de la información necesaria para el consumidor, lo que implicaba que su prohibición no cumpliera con los requisitos del *Central Hudson Test*. En ese sentido, como lo expresa la doctrina constitucional estadounidense, luego de *Liquormart Inc.* el grado de intensidad en la aplicación del citado test “*depende más de su aplicación que*

²⁹ El estudio sobre las aplicaciones posteriores del *Central Hudson Test* se toma de SULLIVAN y GUNTER, *Ob. Cit.* Págs. 1176-1191.

³⁰ 478 U.S. 328 (1986).

³¹ 517 U.S. 484 (1996).

de su formulación verbal: este juicio está en función en factores que deben ser examinados, la fuerza requerida de las justificaciones estatales y el rigor con el cual un Tribunal examinará la medida legislativa.”³² En conclusión, para la jurisprudencia constitucional estadounidense, es admisible que el legislador imponga restricciones al discurso comercial, siempre y cuando éstas superen un juicio de proporcionalidad, en el cual la limitación responda a finalidades estatales identificables y la política cuestionada tenga un efecto tangible en la consecución de esos objetivos.

16. Las consideraciones anteriores permiten identificar los ejes de la constitucionalidad de las limitaciones y restricciones impuestas por el legislador a la publicidad comercial. Se ha señalado que el mensaje publicitario se expresa en los planos económicos, de información al consumidor y del discurso limitadamente protegido por la libertad de expresión. Ello debido a que en el mismo pueden identificarse dos tipos de contenido, que responden a dos materias constitucionales diferenciadas. De un lado, está el componente de la publicidad comercial dirigido a informar al consumidor para que tome decisiones sustentadas en el mercado, ámbito que logra mayores niveles de protección, en razón de la necesidad de garantizar la adecuada y suficiente información necesaria para la comercialización de bienes y servicios (Art. 78 C.P.). De otro, está el contenido del mensaje publicitario que tiene por objeto promocionar la adquisición de un bien o servicio, el cual puede ser válidamente limitado, incluso intensamente mediante su restricción o prohibición, siempre y cuando se adviertan criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido, una política legislativa de este tipo es compatible con la Carta Política si cumple con las condiciones para las medidas de intervención del Estado en la economía. Estas condiciones, a su vez, guardan estrecha semejanza con los requisitos que para la exequibilidad de las restricciones al discurso comercial, ofrece el derecho comparado.

El control constitucional de disposiciones que fijan límites a la publicidad comercial del tabaco y sus derivados

17. La Corte Constitucional ha ejercido el control judicial de diversas normas que imponen límites y restricciones a la comercialización y publicidad del tabaco y sus productos derivados, decisiones en las que de manera unánime ha concluido la exequibilidad de tales medidas. El primer caso es expuesto en la sentencia C-524/95 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en la que la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 30 de 1986, norma que disponía que las estaciones de radiodifusión sonora, las programadoras de televisión y los cinematógrafos sólo pueden transmitir propagandas de bebidas alcohólicas, cigarrillos y tabaco en los horarios y con la intensidad que determinara el Consejo Nacional de Estupefacientes, previo concepto de su Comité Técnico Asesor.

³² SULLIVAN y GUNTER. *Ob. Cit.* pág. 1186. Traducción libre de la Corte.

Luego de hacer algunas consideraciones sobre las limitaciones admisibles a la libertad de empresa y acerca del papel estatal en la regulación de la información sobre la calidad de los bienes y servicios destinados a la comercialización, todas ellas similares a las expuestas en apartados anteriores de esta sentencia, el Pleno asumió el estudio de la constitucionalidad de la imposición de limitaciones a la publicidad de tabaco, como los planteados en la norma acusada.

A partir de material probatorio recaudado durante el trámite, en especial los conceptos dados por universidades y entidades científicas, la Corte concluyó que el consumo habitual de tabaco incorporaba riesgos graves y objetivos a la salud, todos ellos de carácter físico más no comportamental. En ese sentido, la publicidad comercial de esos productos, que tiene por objeto incidir en las decisiones de compra del consumidor, podía ser objeto de limitación por parte del Estado, como sucedía en el caso analizado, sin que pudiera concluirse válidamente que una regulación de esta naturaleza coartaba el derecho a la información. Esto debido a que (i) la afectación de la salud pública derivada del consumo de tabaco, al igual que de bebidas alcohólicas, otorgaba razones suficientes para justificar, desde la perspectiva constitucional y a partir de las potestades estatales previstas en el artículo 78 C.P., limitaciones a la publicidad de tales productos; y (ii) la norma acusada, en cualquier caso, no imponía una limitación total a dicha publicidad, sino que sometía las condiciones de emisión de la misma a una autoridad estatal, por lo que no se estaba ante una afectación desproporcionada de la libertad de empresa. En términos de la Corte, *“al establecer el precepto acusado que las emisoras de radiodifusión sonora, las programadoras de televisión y los cinematógrafos sólo pueden transmitir propaganda de bebidas alcohólicas, cigarrillos y tabaco en los horarios y con la intensidad que señale el Consejo Nacional de Estupefacientes, previo concepto de su comité técnico asesor, ¿podría pensarse que se está atentando contra el derecho a la información y la prohibición de establecer censura a los medios de comunicación? La respuesta es no, pues el legislador debidamente facultado por el canon constitucional que coincidentalmente el actor invoca como violado, esto es, el artículo 78 de la Carta, tiene competencia para señalar la información que debe suministrarse al público en la comercialización de los bienes y servicios, dentro de la cual se incluye necesariamente la publicidad o propaganda de tales productos, que se traduce en protección y garantía para los consumidores de los productos o usuarios de los servicios ofrecidos. || De otro lado, obsérvese que la norma demandada no impide la divulgación de propaganda por parte de los medios de comunicación allí citados, sino que condiciona su emisión a los horarios que determine el Consejo Nacional de Estupefacientes, por fines plausibles como son: el interés general, la vida, la salud, la seguridad y los derechos de los niños. Para estos efectos vale la pena recordar que en la reglamentación respectiva del citado Consejo (resol. 03/95), sólo se permite la transmisión por radio y televisión de propaganda de bebidas alcohólicas, cigarrillo y tabaco entre las once de la noche y las seis de la mañana del día siguiente, y en los cinematógrafos en la proyección de*

películas aptas para adultos y que la ley 124 de 1994 prohíbe la venta de bebidas embriagantes a menores de edad.”

Finalmente, a propósito del análisis de la norma acusada a la luz de la garantía del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la sentencia C-524/95 señaló que la licitud de una conducta, en este caso el consumo de tabaco, no resultaba incompatible con la consideración de esa actividad como socialmente no deseable. En otras palabras, la Corte concluyó que la licitud de una conducta de consumo dada no lleva *per se* a que se prediquen todas las garantías para su promoción, puesto que puede estarse ante una actividad que el Estado considera que debe ser excluida de incentivo, a raíz de los comprobados efectos nocivos en términos de salud pública. Así, “1) *Porque el hecho de que el consumo de ciertas sustancias nocivas no esté penalizado, no significa que sea socialmente deseable. Y si más bien se juzga nocivo, es legítimo y armónico con la filosofía que informa la Constitución, que no se tolere la publicidad que hace atractivo al producto, más allá de cierto límite; y 2) Porque si es dable señalar quiénes, cuándo y bajo qué circunstancias pueden consumir una sustancia que no obstante no estar proscrita resulta individual y socialmente nociva, con mayor razón resulta válido señalar las condiciones bajo las cuales está permitido anunciar el producto, y a quiénes, específicamente, parece oportuno precaver de la influencia publicitaria. || En otros términos: si los adultos, por ejemplo, son menos permeables a la elección condicionada que los niños (y además están en condiciones de optar libremente), parece razonable que la publicidad por radio y televisión, tenga lugar en horarios menos accesibles a los segundos.|| Por esas razones juzga la Corte que la norma demandada no sólo no es atentatoria de ningún derecho fundamental, sino que halla un razonable equilibrio entre el ejercicio de ciertas libertades y la protección de quienes, al menos potencialmente, pudieran resultar afectados por él.”*

18. El consenso global acerca de la necesidad de implementar medidas dirigidas a desincentivar el consumo de tabaco, al igual que el exposición al humo del mismo, merced de sus comprobados efectos perjudiciales para la salud, se logró mediante el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, en adelante CMCT, suscrito en Ginebra en 2003. Este tratado internacional, que coincidentalmente es el primero suscrito bajo el auspicio de la OMS, parte de estrictas premisas,³³ entre otras relativas a (i) la necesidad de contar con un instrumento internacional destinado a proteger a las generaciones presentes y futuras de los efectos *devastadores* que para la salud humana y el medio ambiente implica el consumo y la exposición al humo de tabaco, en especial para el caso de los países en vías de desarrollo y economías en transición; (ii) que dicho instrumento debe prever la obligación para los Estados parte de implementar medidas oportunas para *frenar* el consumo y la exposición al consumo de tabaco; (iii) que los efectos antes anotados no corresponden a un controversia

³³ Cfr. Parte preliminar y Preámbulo de la CMTC. Documento WHA56.1 de la Organización Mundial de la Salud.

irresoluta, sino que, antes bien “*la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad.*” Además, también estaba comprobado que la exposición prenatal al humo de tabaco genera condiciones adversas para la salud y desarrollo del niño; (iv) que los cigarrillos y demás productos contentivos de tabaco están diseñados de manera sofisticada, en aras de generar dependencia; (v) que existe una seria preocupación de la comunidad internacional por el impacto de todas las formas de publicidad y patrocinio encaminadas a estimular el consumo de productos de tabaco; y (vi) que hay un vínculo evidente entre el desincentivo del consumo de tabaco y la garantía del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, previsto en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Con base en consideraciones de esta índole, el CMCT parte de un catálogo también definido de principios, descritos en su artículo 4º, y que versan acerca del deber de los Estados parte de informar a todos sobre las consecuencias sanitarias, la naturaleza adictiva y la amenaza mortal del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco, para lo cual deben adoptarse las medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y demás destinadas a la proteger a todas las personas del humo de tabaco. Tales medidas deben tener en cuenta aspectos puntuales, como son la necesidad de adoptar acciones tendientes a (i) proteger a las personas de la exposición al humo de tabaco; (ii) prevenir el inicio, promover y apoyar el abandono y lograr una reducción del consumo de productos de tabaco en cualquiera de sus formas; (iii) promover la participación de las personas y comunidades indígenas en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de programas de control de tabaco que sean socialmente y culturalmente apropiados para sus necesidades y perspectivas; y (iv) cuando se elaboren estrategias de control del tabaco, deba tenerse en cuenta los riesgos generados específicamente en razón del género.

A su vez, dentro de los principios generales se encuentran la cooperación internacional en distintos frentes, dirigida al diseño y aplicación de programas eficaces de control de tabaco; la adopción de medidas de diversa índole, destinadas a prevenir, de conformidad con los principios de la salud pública, la incidencia de las enfermedades, la discapacidad prematura y la mortalidad derivadas del consumo y exposición al humo de tabaco; la asunción que las cuestiones relacionadas con la responsabilidad, según lo determine cada parte en su jurisdicción, son un aspecto importante del control de tabaco; el reconocimiento de la importancia de adopción de planes respecto a los cultivadores y trabajadores que llegaren a afectarse por las medidas de control de tabaco; y la participación de sociedad civil para lograr los objetivos del CMCT.

De manera consonante con los principios expuestos, el CMCT dispone una serie obligaciones a los Estados partes, divididas en bloques y relacionadas con (i) medidas referidas a la reducción de la demanda de tabaco; (ii) medidas

relativas a la reducción de la oferta de tabaco; (iii) protección del medio ambiente; (iv) cuestiones relacionadas con la responsabilidad; (vii) cooperación técnica y científica y comunicación de información; (viii) arreglos institucionales y recursos financieros; y (ix) solución de controversias.

19. En lo que respecta a la decisión a adoptarse en este fallo, interesa concentrarse en las disposiciones contenidas en el artículo 13 del CMCT, que incorpora dentro de las medidas relacionadas con la reducción de la demanda de tabaco, aquellas relativas a la publicidad, promoción y patrocinio del mismo. Este precepto parte de establecer que los Estados partes del Convenio reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco. Sobre el particular debe acotarse que el artículo 1º del CMCT ofrece una definición estipulativa para el concepto de “publicidad y promoción de tabaco”, que corresponde a *“toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco.”* Igualmente, define al “patrocinio de tabaco” como *“toda forma de contribución a cualquier acto, actividad o individuo con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco.”*

Una vez puesto de presente del compromiso sobre la eliminación total de la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, el artículo 13 prevé varios deberes a los Estados Parte, a saber:

19.1. De conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, los Estados parte del Convenio procederán a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dicha prohibición comprenderá, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos originados en su territorio. A este respecto, la normativa internacional señala que cada Parte, dentro de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del CMCT, adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas, e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21 del Tratado, que prevé la presentación de informes a la Conferencia de las Partes sobre, entre otros aspectos, las medidas de diferente índole que se adopten para aplicar el CMCT.

19.2. En los casos en que el Estado parte no esté en condiciones de disponer una prohibición total de las formas de publicidad antes citadas, en virtud de sus previsiones constitucionales, estará en cualquier caso obligado a aplicar restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dichas restricciones comprenderán, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, la restricción o una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio originados en su territorio que tengan efectos transfronterizos. A este respecto, cada Parte

adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará de ellas a la Conferencia de las Partes, según el mecanismo descrito anteriormente.

19.3. El CMTC determina el contenido de las obligaciones *mínimas* que debe implementar cada Estado parte en relación con la materia analizada. Así, deberá (i) prohibir toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones; (ii) exigir que toda publicidad de tabaco y, según proceda, su promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario o de otro tipo pertinente; (iii) restringir el uso de incentivos directos o indirectos que fomenten la compra de productos de tabaco por parte de la población; (iv) exigir, en los casos que no se adopte una prohibición total, que se revelen a las autoridades gubernamentales competentes los gastos efectuados por la industria del tabaco en actividades de publicidad, promoción y patrocinio aún no prohibidas. Dichas autoridades podrán decidir que esas cifras, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se pongan a disposición del público y de la Conferencia de las Partes; (v) proceder a la prohibición total de la publicidad en el plazo de cinco años o, en caso que ello sea incompatible con los postulados constitucionales del Estado parte, deberá preverse a restricción de la publicidad, la promoción y el patrocinio por radio, televisión, medios impresos y, según proceda, otros medios, como Internet; y (vi) prohibir, o en caso que las normas constitucionales no lo permitan, restringir el patrocinio de acontecimientos y actividades internacionales o de participantes en las mismas por parte de empresas tabacaleras.

19.4. Finalmente, la norma determina que el CMCT alienta a las partes para que impongan medidas más exigentes que las obligaciones mínimas anteriormente descritas. De igual manera, se pone de presente el derecho soberano del Estado que haya prohibido la publicidad, promoción y patrocinio de tabaco a proscribir las mismas actividades cuando tengan carácter transfronterizo. Para ello, los Estados partes considerarán la elaboración de un protocolo que regule las medidas apropiadas para regular dicho fenómeno.

20. El CMCT fue aprobado por el Congreso de Colombia mediante la Ley 1109 de 2006. El contenido del tratado internacional, al igual que su ley aprobatoria fue declarada exequibles por la Corte mediante la sentencia C-665/07 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). En lo que respecta al control de constitucionalidad del Convenio, conviene resaltar dos aspectos diferenciados. En primer lugar, la Corte consideró que las medidas previstas en el instrumento internacional, de manera general, no contravenían la Carta Política sino que, antes bien, configuraban desarrollos de principios y valores en ella contenidos, en especial la promoción de la salud pública y los derechos de niños, adolescentes y mujeres gestantes. Sobre el particular, la sentencia señaló que “*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. (...) 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. || Lo mismo puede señalarse de los Principios Generales y las obligaciones de los Estados señalados en el instrumento internacional en sus artículos 4 y 5. (...) Los principios y las obligaciones generadas a los Estados Partes en este Convenio protegen el derecho a la vida tanto de los fumadores pasivos como activos, derecho protegido por el artículo 11 de la Carta Política. || En efecto, tal y como se señala en la exposición de motivos del proyecto de Ley 1109 de 2006, estudios de la Organización Mundial de la Salud han demostrado que la adicción al tabaco ha traído consigo la disminución en las expectativas de vida de las personas. En este sentido, el tabaquismo es un problema de salud pública que ocasiona un alto índice de incapacidad y muertes prematuras por causa de enfermedades de carácter crónico, degenerativas e irreversibles (...) Por otra parte, el Convenio busca proteger a la niñez y a la juventud de la adicción producida por el consumo de tabaco. En este sentido, desarrolla los artículos 44 y 45 de la Carta. (...) el Convenio protege los derechos de aquellas personas no fumadoras frente a la exposición al tabaco, las cuales tienen derecho a respirar aire puro libre de humo; protestar cuando se consume tabaco y sus derivados en sitios prohibidos; y a exigir que se obligue a suspender el consumo en estos sitios. Estas personas también tienen el derecho a acudir ante la autoridad competente para defender sus derechos como no fumadores y solicitar su protección; exigir publicidad masiva de los efectos nocivos y mortales que produce el tabaco y la exposición a su humo e informar a la autoridad competente cuando se infrinjan las normas, tal y como lo establece el Convenio.”

De otro lado, la Corte avaló la constitucionalidad de las obligaciones impuestas por el CMCT frente a la obligación de imponer medidas restrictivas a la publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco. En criterio del Pleno, estas limitaciones se enmarcaban dentro de las potestades derivadas de la intervención estatal en la economía y la competencia para regular la información que se ofrece a los consumidores sobre la calidad de bienes y servicios. Además, las medidas no afectaban la Constitución, puesto que eran compatibles con las decisiones soberanas de los Estados parte de prohibir total

o parcialmente las actividades antes mencionadas. Habida cuenta la importancia de la materia para la presente decisión, se transcriben *in extenso* las consideraciones de la Corte sobre el tópico.

“5.6. Medidas relacionadas con la promoción y patrocinio del tabaco

La Convención, en sus artículos 10, 11, 12 y 13, insta a Las Partes para que, de acuerdo con sus normas constitucionales, establezca una política restrictiva frente a la publicidad y promoción del tabaco.

En cuanto al punto específico de la restricción de la publicidad del tabaco la jurisprudencia ha señalado que el mercado, entendido como el desenvolvimiento de los procesos de producción, distribución y consumo de bienes y servicios, está gobernado por la ley de la oferta y la demanda. El empresario tiene plena libertad de iniciativa para escoger los instrumentos que considere idóneos y eficaces para ofrecer o anunciar sus productos, siempre y cuando no atenten contra el bien común, los derechos fundamentales, la función social de la empresa, las leyes reguladoras de la actividad económica, y la información que debe suministrarse al público en la comercialización de los productos. Dentro de esos mecanismos se encuentra la publicidad o propaganda del bien o servicio a través de los distintos medios de comunicación.³⁴

Sin embargo, ha reiterado la Corte, tal facultad puede ser limitada en aras de la protección de “*fines plausibles como son: el interés general, la vida, la salud, la seguridad y los derechos de los niños*”. Es por ello que la Corte consideró constitucionales las limitaciones establecidas en la publicidad por radio y televisión de bebidas alcohólicas, cigarrillo y tabaco, permitida, únicamente, entre las once de la noche y las seis de la mañana del día siguiente, y en los cinematógrafos en la proyección de películas aptas para adultos. En efecto, esto se encuentra conforme con la protección a la niñez y la juventud señalada en los artículos 44 y 45 de la Constitución.

Por lo anterior, las medidas por las que propugna el Convenio pueden considerarse como constitucionalmente validas y legítimas, teniendo en cuenta, además, que éste reconoce y respeta las decisiones soberanas de los Estados en cuanto al tema de la restricción total o parcial de la publicidad del tabaco.”

21. La incidencia de las obligaciones internacionales que el CMCT impone al orden jurídico interna se evidencia en decisiones recientes de la Corte, que han estudiado preceptos que, en desarrollo de dicho tratado, imponen condiciones a la comercialización de productos de tabaco. Esta es la materia tratada en la sentencia C-639/10 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), en la que este Tribunal declaró la constitucionalidad del artículo 3° (parcial) de la Ley 1335 de 2009, precepto que fija la prohibición de venta de cigarrillos en presentaciones inferiores a diez unidades, determinándose la proscripción de venta de cigarrillos por unidad a partir de los dos años siguientes a la entrada de vigencia de la citada ley.

En esta decisión, luego de hacer una exposición detallada sobre las competencias de regulación del Estado en la economía, al igual que los

³⁴ Cfr. C-560 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

derechos constitucionales que pudieren resultar interferidos por la afectación generada por el consumo de tabaco, instancia del análisis en que hizo uso expreso de las previsiones del CMCT, la Corte consideró que la prohibición de venta de cigarrillos por unidad era una expresión legítima del poder del legislador de intervenir el mercado, en aras de satisfacer propósitos relacionados con el bien común. Ello más aún cuando concurría un interés, constitucionalmente plausible y alentado por la comunidad internacional, de desincentivar el consumo de tabaco, en razón de los efectos que genera para la salud de la comunidad y para el ambiente. Para la Sala, “[l]as 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.”³⁵ || 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.”

Adicionalmente, la Corte se opuso al argumento defendido por la demandante en dicha oportunidad, según la cual fijación de una modalidad particular de comercialización estaba en realidad dirigida a prever una medida de corte paternalista, incompatible con la autonomía individual y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Para esta Corporación, la medida legislativa debía comprenderse en su verdadero sentido, esto es, como un instrumento que imponía condiciones a la comercialización del tabaco, pero que no tenía la virtualidad de impedir la opción personal por su consumo. En términos de la sentencia, “*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*

³⁵ 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.

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 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.”

Ejemplos del derecho comparado de control judicial de medidas legislativas que prohíben o restringen la publicidad de tabaco

22. La jurisprudencia comparada se ha ocupado de analizar la constitucionalidad de medidas legislativas que, como las estudiadas en esta oportunidad, tienen por objeto restringir e incluso prohibir, la publicidad comercial dirigida al consumo de tabaco. Este es el caso de la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2006 en el asunto C-380/03, tramitado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En ese evento, la República Federal de Alemania demandó la anulación de los artículos 3º y 4º de la Directiva 2003/33/CE, los cuales fijan reglas para (i) la restricción de la publicidad de tabaco en prensa y otras publicaciones empresas a aquellas destinadas a profesionales del comercio de tabaco, proscribiéndose para las de otro tipo; y (ii) la prohibición de publicidad de tabaco en radio, al igual que el patrocinio de programas de radio por empresas tabacaleras. El reclamo principal de Alemania era que el artículo 95 CE no podía configurar una base legal suficiente para imponer restricciones de esta naturaleza, puesto que buena parte de esas publicaciones eran de producción y consumo nacional, lo que implicaba que una restricción para toda la Unión Europea resultara desproporcionada y ajena a la regulación del comercio transfronterizo. El Tribunal no acogió las pretensiones de anulación de la norma comunitaria, al considerar que efectivamente varios de los Estados miembros, de manera independiente o en cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la suscripción del CMCT, habían limitado o prohibido totalmente la publicidad de tabaco. De otro lado, como efectivamente las publicaciones y la radio tenían carácter transfronterizo, era necesaria una norma que armonizara su circulación en la Unión, sin que las regulaciones nacionales que fijan prohibiciones a la publicidad de tabaco obstaculizaran su difusión.

Para adoptar esta decisión, el Tribunal de Justicia tuvo presente la validez de las decisiones de los Estados miembros de limitar, o incluso prohibir, la publicidad comercial de tabaco, habida consideración de los efectos dañinos de su consumo y la necesidad correlativa de desincentivarlo. Para el efecto, indicó lo siguiente:

“59. Por otro lado, consta que algunos Estados miembros que han establecido una prohibición de la publicidad de los productos del tabaco excluyen de dicha prohibición los productos de la prensa extranjera. El hecho de que estos Estados miembros hayan decidido acompañar la mencionada prohibición de dicha excepción confirma que, al menos en su opinión, se dan intercambios intracomunitarios significativos en lo que a los productos de la prensa se refiere.

60. Por último, existía un riesgo real de que surgieran nuevos obstáculos a los intercambios o a la libre prestación de servicios como consecuencia de la adhesión de nuevos Estados miembros.

61. La misma apreciación se impone por lo que respecta a la publicidad de los productos del tabaco en los programas de radio y en los servicios de la sociedad de la información. Muchos Estados miembros habían adoptado ya legislación a este respecto o se disponían a hacerlo. Habida cuenta de la concienciación creciente del público acerca de la nocividad que presenta el consumo de productos del tabaco para la salud, era probable que surgieran nuevos obstáculos a los intercambios o a la libre prestación de servicios a raíz de la adopción de nuevas reglas que, reflejando esta evolución, se dirigieran a desincentivar con mayor eficacia el consumo de tales productos.

62. Procede recordar el sexto considerando de la Directiva, en el que se subraya que el recurso a los servicios de la sociedad de la información como medio de publicidad de los productos del tabaco es cada vez más frecuente, a medida que aumenta el consumo y el acceso del público a dichos servicios, y que tales servicios, así como las emisiones de radio, que pueden también difundirse a través de los servicios de la sociedad de la información, son particularmente atractivos y de fácil acceso para los jóvenes consumidores.

63. En contra de lo que sostiene la demandante, la publicidad del tabaco en estos dos medios de comunicación tiene un carácter transfronterizo que permite a las empresas de fabricación y de comercialización de tabaco desarrollar estrategias de mercadotecnia para ampliar la clientela más allá del Estado miembro del que proceden.

64. Por otro lado, no podía excluirse que, puesto que el artículo 13 de la Directiva 89/552 prohibía cualquier forma de publicidad por televisión de cigarrillos y demás productos del tabaco, las disparidades existentes entre las normativas nacionales en lo que respecta a la publicidad del tabaco en los programas de radio y en los servicios de la sociedad de la información pudieran favorecer la posible elusión de esta prohibición a través de estos dos medios.

65. La misma apreciación puede aplicarse al patrocinio por las empresas tabacaleras de programas de radio. En la fecha de adopción de la Directiva ya habían surgido o estaban a punto de surgir divergencias entre las normativas nacionales que podían obstaculizar la libre prestación de servicios al privar a los organismos de radiodifusión establecidos en un Estado miembro en el que estuviera vigente una medida de prohibición, en su condición de destinatarios de servicios, de la posibilidad de contar con el patrocinio de empresas tabacaleras establecidas en otro Estado miembro, donde no se hubiera adoptado una medida de ese tipo.

66. Estas divergencias, como se expone en los considerandos primero y quinto de la Directiva, entrañan también un riesgo evidente de que se produzcan distorsiones de la competencia.” (Subrayas no originales).

23. Debates similares se dieron con anterioridad en el control constitucional francés. En efecto, en la Decisión No. 90-283 DC del 8 de enero de 1991,³⁶ el Consejo Constitucional declaró conforme a la Constitución francesa el artículo 2º de la Ley relativa a la lucha contra el tabaquismo y el alcoholismo, el cual prohíbe toda propaganda o publicidad, directa o indirecta, de productos de alcohol o tabaco, al igual que toda distribución gratuita de los mismos. Para el Consejo, una norma de esta naturaleza se ajustaba a una comprensión contemporánea del derecho a la propiedad, que admite limitaciones a su ejercicio en aras de la protección del interés general. En este orden de ideas, una decisión legislativa de esta naturaleza es constitucional, pues parte de (i) la potestad estatal, también existente en el derecho francés, de regular la publicidad de los bienes y servicios; y (ii) que una limitación de esa naturaleza tiene una incidencia directa en la garantía del *principio constitucional de protección de la salud pública*. Además, tampoco podía considerarse que la prohibición afectase la libertad de empresa, en tanto frente a este derecho también pueden imponerse limitaciones relacionadas con el interés general y, en cualquier caso, la normatividad analizada no impone restricciones a la producción, distribución y venta de recursos de tabaco.

24. Aspectos diferentes fueron estudiados por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Lorillard v. Reilly*³⁷ Esta decisión estudia la demanda formulada por la Lorillard Tobacco Company contra la legislación del Estado de Massachusetts que prohibía tanto la publicidad interior con altura inferior a cinco pies, como las ventas de tabaco en una distancia menor de mil pies de escuelas y campos de juego infantil, prohibición que el demandante consideró desproporcionada, por lo que violaba la Primera Enmienda sobre libertad de expresión, en su especie de discurso comercial protegido. La Corte Suprema, haciendo uso de la metodología de decisión del *Central Hudson Test*, concluyó que la medida efectivamente resultaba desproporcionada, puesto que imponía una restricción a la publicidad comercial de tabaco y a su comercialización, más allá de la necesaria para satisfacer la política pública estatal de prevención del consumo en menores de edad. En criterio del tribunal constitucional estadounidense, *“la regulación que prohíba la publicidad interior en punto de venta, de cigarrillos sin humo y cigarros, inferior a cinco pies del suelo de un establecimiento de venta localizado dentro de los mil pies adyacentes a una escuela o campo de juego infantil, falla tanto en el tercer como en el cuarto paso del análisis Central Hudson. La regla de los cinco pies no demuestra un avance en los objetivos relacionados con la prevención del consumo de productos de tabaco, a través del control de la demanda mediante la limitación de la exposición de los jóvenes a la publicidad. No todos los niños miden menos de cinco pies, y aquellos que sí pueden advertir la publicidad a su alrededor. (...) Por otra parte, la prohibición no se ajusta razonable con el objetivo de apuntar a la*

³⁶ Disponible en Internet: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1991/90-283-dc/decision-n-90-283-dc-du-08-janvier-1991.8752.html>

³⁷ 533 U.S. 525 (2001)

restricción de la publicidad que tiene a los niños como destinatarios. Aunque el tribunal de instancia considera que la restricción del discurso comercial era limitada, no cumple la excepción “de minimis” propia de esas restricciones. Por ende, no se está ante una medida diseñada estrechamente para cumplir con los citados objetivos.”³⁸

25. Las decisiones judiciales anteriores permiten concluir que en el derecho comparado existe un consenso sobre la validez *prima facie* de las medidas legislativas tendientes a limitar, e incluso prohibir, la publicidad comercial de productos de tabaco. Los rasgos comunes de las distintas decisiones estudiadas, en este orden de ideas, están relacionados con (i) la admisibilidad de tales restricciones, en razón de los efectos que para la salud pública genera el consumo de tabaco; (ii) la posibilidad que por estos fines constitucionalmente valiosos se impongan restricciones, incluso de alta intensidad, a la libertad empresa y al ámbito protegido del discurso comercial; y (iii) la necesidad de adelantar un juicio de proporcionalidad para determinar la validez del arreglo entre medios y fines, respecto a la limitación impuesta a la publicidad de tabaco y el desestímulo del consumo, en especial frente a sujetos de especial protección.

Solución del cargo propuesto

Contenido y alcance de las normas acusadas

26. El primer aspecto que a juicio de la Corte debe analizarse es el contenido y alcance de las disposiciones acusadas, a fin de identificar con claridad las proposiciones normativas que se derivan de ellas y que son objeto de análisis de constitucionalidad en esta decisión.

26.1. El artículo 14 de la ley 1135/09 ofrece dos contenidos normativos diferenciados. De un lado, prohíbe a toda persona natural o jurídica que promocióne productos de tabaco en los medios de comunicación destinados al público en general, como son la radio, la televisión, el cine; al igual que en las diferentes modalidades de medios impresos y, de manera general, en todo medio destinado a la comunicación masiva. Esa amplitud de la prohibición se deriva del uso de la expresión “o medios similares”, la cual demuestra la intención inequívoca del legislador de extender la prohibición de la promoción de productos de tabaco a todo instrumento dirigido a la transmisión de información al público en general.

³⁸ Traducción libre de la Corte. Además, debe destacarse que recientemente fue adoptado por el Congreso de los Estados Unidos la *Family Smoking Prevention and Tobacco Act*, de junio de 2009. Esta norma confiere a los Estados y localidades la potestad de disponer estatutos y promulgar resoluciones, basadas en los efectos dañinos del consumo de tabaco, consistentes en la imposición de prohibiciones específicas o restricciones de tiempo, lugar y modo, más no de contenido, frente a la publicidad o promoción de cualquier producto de tabaco. (Sección 203). Del mismo modo, impone condiciones específicas, de aplicación federal, para la presentación de los empaques de productos de tabaco, con advertencias sobre los efectos en la salud que provoca su consumo. (Sección 204).

El segundo enunciado normativo del artículo prevé una prohibición particular, relativa a la publicidad comercial transfronteriza que use la televisión como medio de difusión, consistente en ordenar a los operadores de ese servicio que impidan que la publicidad de productos de tabaco producida en el exterior, sea emitida en el país.

26.2. El artículo 15 *ejusdem* regula una prohibición específica a una versión particular de publicidad. Prohíbe a toda persona que fije mecanismos de publicidad exterior, en sus distintas modalidades, relacionada con la promoción de productos de tabaco y sus derivados.

26.3. El artículo 16 de la Ley 1395 presenta una cláusula amplia, la cual prohíbe *toda forma de promoción* de productos de tabaco y sus derivados. El demandante y algunos intervinientes sostienen que esa cláusula es ambigua, puesto que al no ofrecer el legislador una definición estipulativa sobre el concepto *promoción*, se llegaría a una fórmula amplia, que prohibiría toda expresión de publicidad de tabaco. La Corte constata que a pesar que el legislador no define qué debe entenderse por *promoción*, el estudio de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en materia de desincentivo al consumo de tabaco ofrece precisiones importantes sobre este concepto, que bien pueden operar como parámetros para la interpretación del precepto. Como se indicó en fundamento jurídico anterior, el artículo 1º-c del Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco define a la “*publicidad y promoción de tabaco*” como toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco. En ese sentido, se concluye que la prohibición contenida en el artículo 16 de la Ley analizada debe entenderse como una cláusula amplia, que implica la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco, en los términos comprendidos por el CMCT.

Incluso, esta conclusión puede reafirmarse a través de un análisis textual del concepto. Promoción, de acuerdo con su acepción idiomática, refiere al “*conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas*”³⁹ de lo que se infiere que el concepto cobija las distintas modalidades de mensaje publicitario. Por lo tanto, el uso por legislador de la expresión “*toda forma*” implica que se incluyen dentro de la conducta prohibida estas distintas modalidades. Esto se corrobora, a su vez, del análisis de las *Directrices para la aplicación del artículo 13 (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco) del Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco*, adoptadas por la Conferencia de las Partes del CMTC, reunida en la cuarta sesión plenaria del 22 de noviembre de 2008. Según este documento internacional, útil para la interpretación de las normas del Convenio, entre ellas las que imponen deberes de los Estados signatarios, “... *tanto la «publicidad y promoción del tabaco» como el «patrocinio del tabaco» abarcan la promoción no sólo de determinados productos de tabaco, sino*

³⁹ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. 22.ª edición. 2001.

también del consumo de tabaco en general, no sólo los actos, actividades y acciones que tengan un objetivo promocional sino también las que tengan o puedan tener un efecto promocional, y no sólo la promoción directa sino también la indirecta. La publicidad y la promoción del tabaco no se limitan a comunicaciones, sino que comprenden también recomendaciones y acciones, que deberían abarcar al menos las categorías siguientes: a) diversos arreglos de venta y/o distribución; b) formas ocultas de publicidad o promoción, como la introducción de productos de tabaco o del consumo de tabaco en el contenido de diferentes medios de difusión; c) diversas formas de asociación de productos de tabaco con eventos o con otros productos; d) empaquetado promocional y características de diseño de productos; y e) producción y distribución de artículos tales como golosinas, juguetes u otros productos que imiten la forma de los cigarrillos u otros productos de tabaco.” A su vez, la Directriz identifica algunos ejemplos de arreglos de venta y/o distribución, como planes de incentivos para minoristas, exhibición en puntos de venta, loterías, regalos, muestras gratuitas, descuentos, concursos (que conlleven o no la compra de productos de tabaco) y promociones a modo de incentivos o planes de fidelidad, por ejemplo, entrega de cupones reembolsables a los compradores de productos de tabaco.

En conclusión, la Corte considera que la interpretación que mejor describe el sentido jurídico propio del término *promoción* y aquella más acorde con el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano en materia de control de tabaco, es la de considerarla como equivalente a la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco y sus derivados, en los términos descritos en el CMCT.

26.4. Por último, el artículo 17 de la Ley 1335/09 dispone la prohibición al patrocinio de eventos culturales y deportivos por parte de empresas vinculadas en la producción, comercialización o importación de productos de tabaco, en los casos que ese patrocinio implique la promoción directa o indirecta del consumo de productos de tabaco y sus derivados.

En este caso, se está ante la prohibición que las empresas tabacaleras patrocinen los citados eventos. El concepto de *patrocinio*, aunque tiene un ámbito de definición más preciso que el de *promoción*, también es definido por el CMCT como toda forma de contribución a cualquier acto, actividad o individuo con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco. Nótese que en este caso, el legislador colombiano adoptó una fórmula menos restrictiva que la de la norma internacional, puesto que prohibió el patrocinio solo para determinados eventos y cuando el mismo implique la promoción directa o indirecta de productos de tabaco, restricción que en todo caso engloba un número significativo de actividades sociales.

Es importante destacar, igualmente, que el precepto extiende la prohibición tanto a patrocinio para la promoción directa, como la indirecta de productos de

tabaco. Respecto al alcance de estos dos tipos de promoción, de nuevo resulta importante el contenido de la Directriz antes enunciada, la cual pone de presente cómo “[l]os efectos promocionales, tanto directos como indirectos, pueden ser resultado de la utilización de palabras, dibujos, imágenes, sonidos y colores, incluidos nombres de marcas, nombres comerciales, logotipos, nombres de fabricantes o importadores de tabaco y colores o combinaciones de colores asociados con productos, fabricantes o importadores de tabaco, o de la utilización de una o más partes de palabras, dibujos, imágenes o colores. La promoción de las empresas tabacaleras mismas (llamada a veces promoción empresarial) es una forma de promoción de productos de tabaco o del consumo de éste, aunque no se presenten nombres de marcas o nombres comerciales. La publicidad, incluida la exhibición, y el patrocinio de accesorios para fumar, como papeles o filtros para cigarrillos o equipo para enrollar cigarrillos, así como las imitaciones de productos de tabaco, también pueden tener el efecto de promover productos de tabaco o el consumo de éste.” En suma, deberá considerarse para efectos de la expresión analizada, la publicidad directa como aquella que promociona el consumo de productos de tabaco en sí mismos considerados. La publicidad indirecta, en cambio, es aquella que aunque no promueve el consumo del producto, tiene el efecto de incidir en el consumidor para su adquisición.

La constitucionalidad de la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco y sus derivados

27. En tanto las medidas legislativas acusadas fijan prohibiciones a la publicidad y demás acciones dirigidas a la promoción para el consumo de productos de tabaco y sus derivados, el control de constitucionalidad de estos normas se restringe a verificar (i) que la medida cumpla con las condiciones exigidas a las políticas de intervención del Estado en el economía; y (ii) que esa misma política responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, para lo cual debe aplicarse un juicio de índole débil, en tanto se trata de una medida de intervención estatal en el economía, según se expuso en la síntesis jurisprudencial explicada en el fundamento jurídico 5 de esta sentencia. Pasa la Corte a efectuar dichos análisis.

28. Las medidas acusadas están previstas en una ley de la República, lo que acredita el primero de los requisitos propios de las expresiones de intervención del Estado en la economía. En segundo lugar, debe determinarse si las normas demandadas desconocen el núcleo esencial de la libertad de empresa. A este respecto, lo primero que debe resaltarse es que tanto la Constitución como la jurisprudencia de este Tribunal han caracterizado a las libertades económicas como la potestad que tiene toda persona natural y jurídica para (i) adelantar un esfuerzo empresarial, consistente en la ordenación de determinados medios y factores de producción, con el fin de crear un bien o servicio; y (ii) concurrir en el mercado con propósitos de intercambio comercial del mismo bien o servicio, en condiciones equitativas y de libre competencia. En otras palabras, la ejecución de un esfuerzo productivo y la posibilidad de concurrir el

mercado para vender el producto o servicio son las dos actividades que conforman el núcleo esencial de la libertad de empresa, el cual no podría ser *prima facie* afectado por una medida legislativa sin contrariar las reglas que integran lo que se ha denominado *Constitución económica*.

Es evidente que las normas acusadas se restringen a imponer prohibiciones a conductas dirigidas a la *promoción* para el consumo de un grupo de bienes determinados (productos de tabaco y sus derivados), sin que tengan el alcance de afectar ni la fabricación de tales productos, ni la posibilidad que los mismos sean puestos a disposición de los consumidores. Por ende, no puede concluirse que la medida de prohibición de la publicidad de productos de tabaco y el patrocinio de eventos culturales y deportivos por las empresas tabacaleras afecte *per se* la libertad de empresa. Ello al margen que pueda o no considerarse como una medida desproporcionada, asunto que hace parte de la segunda etapa de análisis, según la metodología antes descrita.

La medida de prohibición total, a juicio de la Corte, responde a un motivo adecuado y suficiente que justifica tal limitación. En efecto, distintos apartes de esta decisión demuestran que existe un consenso global acerca de las graves consecuencias que el consumo de tabaco conlleva para la salud de las personas, tanto usuarios como *fumadores pasivos*, al igual que para el medio ambiente. Es así que ese consenso ha servido de base para que instrumentos internacionales como el CMCT fijen obligaciones a los Estados tendientes a controlar y desincentivar el consumo de tabaco. De otro lado, no existe duda que el mensaje publicitario, en tanto instrumento dirigido a persuadir al individuo para que adopte una decisión de consumo particular, es un elemento de particular importancia para la promoción del uso de productos de tabaco.

El vínculo entre publicidad y consumo de tabaco es descrito por suficiencia por la Directriz para la aplicación del artículo 13 del CMTC. Según ese documento, dicha relación se explica en el hecho que es un asunto suficientemente documentado que la publicidad, la promoción y el patrocinio de tabaco aumentan el consumo de este y que las prohibiciones totales de la publicidad, la promoción y el patrocinio disminuyen ese consumo. En consecuencia, la imposición de intensas restricciones a dichas actividades es una medida adecuada para cumplir con el propósito constitucionalmente obligatorio para el Estado de garantizar la salud de los habitantes y el medio ambiente (Art. 49 C.P.) a través de, en el presente caso, del desestímulo del consumo de productos de tabaco.

Ahora bien, la prohibición de la publicidad y promoción de productos de tabaco y la limitación intensa del patrocinio por parte de las empresas que lo producen es expresión del principio de solidaridad. La innegable restricción de las libertades económicas que aparejan las proscipciones descritas busca cumplir con finalidades sociales de primer orden, como es la conservación de la salud pública y el medio ambiente. El ordenamiento jurídico, según se ha expuesto, consiente la producción y comercialización de un producto

intrínsecamente nocivo para la integridad física y el ambiente, pero restringe en alto grado la posibilidad que su consumo sea promovido directa o indirectamente. Ello con el único propósito de desincentivar (más no prohibir) su uso y, de esta manera, incidir negativamente en los ingentes costos sociales que se derivan de las enfermedades y demás efectos dañinos que se generan del consumo de tabaco. Sobre el particular debe insistirse que este costo social se ve aumentado por la naturaleza de las dolencias asociadas al consumo de tabaco, en tanto causa de mortalidad estadísticamente apreciable, como bien lo documentaron varios de los intervinientes en el presente proceso. Asumiendo las categorías que ofrece el derecho constitucional comparado, existe en el caso de la prohibición de la publicidad, promoción y patrocinio de tabaco tanto un interés sustancial del Estado, relacionado con el aseguramiento del más alto nivel de salud pública y el saneamiento ambiental, como un vínculo entre el fin buscado y la medida impuesta. Esto último en el entendido que las citadas actividades tienen como común objeto incentivar el consumo de los productos de tabaco y sus derivados, por lo que su limitación y prohibición incidirían en la disminución de ese consumo.

29. Por último, la medida de intervención económica debe cumplir con juicio leve de proporcionalidad, que se base en determinar, por un parte, si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, idóneo para alcanzar el fin propuesto.⁴⁰ Además, ratifica la conclusión que la intensidad del juicio de proporcionalidad sea leve, el hecho que en el caso propuesto no se evidencie la existencia de una discriminación fundada en motivos constitucionalmente inadmisibles, ni afecta desfavorablemente a sujetos de especial protección constitucional, ni configura un privilegio, ni tiene incidencia directa y grave en el goce de derechos fundamentales; condiciones todas ellas que la jurisprudencia de la Corte ha reconocido como justificativas de imponer un juicio de proporcionalidad estricto.⁴¹

29.1. Se ha señalado que el fin que tiene el legislador para prohibir la publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco es la garantía de la salud pública y el medio ambiente, objetivos que no solo son compatibles con la Carta Política, sino que conforman verdaderas obligaciones estatales, pues preceden a la eficacia de derechos fundamentales de los asociados, como la vida, la salud y la integridad física, junto con otras garantías de índole colectivo, como gozar de un ambiente sano.

29.2. El medio empleado por la medida legislativa estudiado, a su vez, no se encuentra prohibida por la Constitución. En efecto, no existe un mandato en la Carta Política que impida que el Estado prohíba la publicidad de determinado producto. Como se ha indicado en esta decisión, las libertades económicas engloban las potestades de producción y comercialización de

⁴⁰ Una síntesis comprehensiva y reciente sobre la materia se encuentra en la sentencia C-354/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁴¹ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-673/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

bienes y servicios, dentro de los límites del bien común (Art. 333 C.P.), sin que las normas de la *Constitución económica* impidan restricciones a la publicidad comercial de productos de venta lícita. En ese sentido, como lo reconoció la Corte en la sentencia C-010/00, antes reseñada, es incluso válido que el legislador decida que determinado segmento productivo deba configurarse como un mercado pasivo, en el cual el Estado permite la producción y venta del bien o servicio, pero ejerza simultáneamente medidas para desincentivar su consumo. La Corte no desconoce, según los argumentos descritos en el fundamento jurídico 8 de esta sentencia, que la publicidad es un factor de primer orden para lograr el éxito en la comercialización de bienes y servicio y que, por ende, hace parte de las garantías protegidas por las libertades económicas, razón por la cual su limitación no pueda generarse en el capricho del legislador, sino que debe estar motivada en la consecución de fines objetivos y relevantes. Ese reconocimiento, sin embargo, no significa que la publicidad comercial no pueda ser restringida, incluso prohibida, siempre y cuando existan motivos constitucionalmente relevantes y suficientes para llegar a una decisión legislativa de ese orden. Esto implica, a su vez, que el grado admisible de restricción de la publicidad comercial es directamente proporcional al nivel de afectación de bienes constitucionalmente valiosos. En el evento propuesto, la admisibilidad de la prohibición total de la publicidad y promoción, y la restricción amplia del patrocinio, se explican en los efectos *devastadores* – según la caracterización ofrecida por la Organización Mundial de la Salud – que genera el consumo de productos de tabaco. Solo ante una afectación de este carácter, que involucra los altos costos sociales a los que se hizo referencia, es que resulta válida, desde la perspectiva constitucional, una prohibición como la estudiada.

La adecuación de la medida con el fin de propuesto se corrobora, del mismo modo, con base en la interpretación de las normas de derecho internacional aplicable a la materia, las cuales sostienen que la manera eficaz de lograr el desincentivo del consumo de tabaco es la prohibición integral de las distintas modalidades de mensaje publicitario. Conforme a la Directriz para la aplicación del artículo 13 del CMCT, “[u]na prohibición eficaz de la publicidad, la prohibición y el patrocinio de tabaco, como reconocen en los párrafos 1y 2 del artículo 13, las Partes en el Convenio, debería ser integral y aplicarse a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio.”

29.3. Finalmente, concurre una relación objetiva y verificable entre medios y fines. La publicidad comercial de los productos de tabaco tiene como objetivo incidir en las decisiones de consumo de los ciudadanos, de manera que opten por la adquisición y uso habitual de dichos bienes. En ese sentido, como ya se ha señalado, la prohibición total de esos actos de publicidad y promoción, al igual que la restricción intensa del patrocinio, redundarán en la disminución de ese consumo.

A este respecto, la Sala considera pertinente aclarar que, habida cuenta las condiciones del juicio leve de proporcionalidad de las medidas de intervención

del Estado en el economía, la vinculación entre medios y fines debe mostrarse plausible o razonable, sin que sea necesario que se demuestre, a partir de datos fácticos, que el objetivo es cumplido. En el asunto analizado, tanto los intervinientes como los considerandos que motivan el CMTC, son coincidentes en afirmar que existe un vínculo entre la prohibición en comento y la disminución de los índices de consumo de tabaco. Estas comprobaciones, en criterio de la Corte, son suficientes para superar el presente juicio de adecuación. Según las consideraciones expuestas en este apartado, por lo tanto, las normas demandadas no se oponen a la Constitución.

30. No obstante esta conclusión, la Sala también advierte que a la constitucionalidad de las medidas legislativas pueden válidamente exponerse varios cuestionamientos, que deben ser asumidos por la Corte. En primer lugar, podría plantearse que la medida de prohibición de publicidad de productos de tabaco, en tanto tiene por objetivo desincentivar el consumo de los mismos, es una medida paternalista, contraria a la autonomía individual, representada en la potestad que tendrían los colombianos y colombianas adultos de adquirir y consumir productos de tabaco. Por ende, los instrumentos previstos en las normas acusadas afectarían desproporcionada el libre desarrollo de la personalidad de dichos consumidores.

Para la Sala, esta objeción parte de enunciados normativos que no están presentes en las normas acusadas. En efecto, para que pueda concluirse que el ordenamiento ha previsto una medida paternalista, la misma debe imponer al individuo un *deber de autocuidado*, esto es, el ejercicio de voluntad consistente en una acción u omisión, tendiente a satisfacer un bien que se considera valioso para el mismo individuo, deberes que esta Corporación ha considerado que *prima facie* no se oponen la Carta Política.⁴² Es evidente que

⁴² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-309/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero). En esta decisión la Corte declaró que no se oponía a la Constitución la norma que imponía sanciones a los conductores de vehículos automotores por no portar el cinturón de seguridad. Sobre la materia, la Sala señaló que “[e]stas políticas de protección a los intereses de la propia persona, que son constitucionalmente admisibles, son denominadas por algunos sectores de la filosofía ética como “paternalismo”, designación que esta Corte, conforme a su jurisprudencia, no acoge, por cuanto si bien en la teoría ética la expresión “paternalismo” puede recibir una acepción rigurosa, en el lenguaje cotidiano esta denominación tiene una inevitable carga semántica peyorativa, pues tiende a significar que los ciudadanos son menores de edad, que no conocen sus intereses, por lo cual el Estado estaría autorizado a dirigir integralmente sus vidas. Por ello esta Corporación ya había advertido que por la vía benévola del paternalismo se puede llegar a la negación de la libertad individual, ya que se estaría instaurando un Estado “protector de sus súbditos, que conoce mejor que éstos lo que conviene a sus propios intereses y hace entonces obligatorio lo que para una persona libre sería opcional”. Por tal razón, esta Corte considera que armoniza mejor 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, ya que en virtud de ellas, el Estado, respetando la autonomía de las personas (CP art. 16), busca realizar los fines de protección que la propia Carta le señala (CP art. 2º). En efecto, estas medidas de protección, algunas de las cuáles tienen expreso reconocimiento constitucional, 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), son constitucionalmente legítimas en un Estado fundado en la dignidad humana, ya que en el fondo buscan proteger también la propia autonomía del individuo. Por ejemplo, la educación básica obligatoria claramente pretende fortalecer las capacidades de opción de la persona cuando llegue a la edad adulta. || Estas políticas de protección también encuentran sustento en el hecho de que la Constitución, si bien es profundamente respetuosa de la autonomía personal, no es neutra en relación con determinados intereses, que no son sólo derechos fundamentales de los cuales es titular la persona sino que son además valores del ordenamiento, los cuales orientan la intervención de las autoridades y les confieren competencias específicas. Eso es particularmente claro en relación con la vida, la

las normas acusadas no imponen ninguna medida de protección de los intereses de la propia persona, puesto que la prohibición de publicidad, promoción y patrocinio de tabaco no se opone a que las personas mayores de edad adquieran y consuman tabaco, ni les impone barreras o condiciones para el acceso a estos productos. Se ha señalado en esta sentencia que la decisión legislativa analizada se restringe a la promoción del producto, más no a su producción y comercialización, que continúan siendo admitidas por el ordenamiento. Por lo tanto, el cuestionamiento fundado en la presunta afectación de la autonomía individual carece de sustento.

31. Otro grupo de objeciones a la constitucionalidad de las medidas acusadas están relacionadas con la posición defendida por el actor y algunos intervinientes, en el sentido que la prohibición total de la publicidad de tabaco afectaría el grado de reconocimiento constitucional de la publicidad como discurso, amparado por las libertades de información y expresión. El argumento central de la crítica⁴³ es que la información contenida en la publicidad comercial de tabaco está estrechamente relacionada con los derechos del consumidor, en los términos del artículo 78 C.P., referentes a la obligación que el mercado brinde la información necesaria sobre las calidades de los bienes y servicios. Por lo tanto, la ausencia de toda publicidad haría que los consumidores de un producto lícito, no tengan acceso a la información necesaria para documentar suficientemente sus decisiones de consumo, contravieniéndose la preceptiva constitucional sobre la materia.

Para resolver esta objeción, debe la Corte recordar como la publicidad comercial, en los términos descritos en el fundamento jurídico 8, se expresa en un plano informativo y en uno persuasivo. El primero de ellos obtiene reconocimiento constitucional en razón de su vínculo con la protección de los derechos del consumidor y, de forma restrictiva y excepcional, por la libertad de expresión y de información. El contenido persuasivo del mensaje publicitario es exclusivamente expresión de las libertades económicas, por lo que puede ser limitado, incluso de manera intensa, a condición que se cumplan con los requisitos que fundamentan la validez de las políticas de intervención del Estado en el economía.

Los productos de tabaco y sus derivados tienen una particularidad que los distingue de otros bienes y servicios que concurren al mercado: son intrínsecamente nocivos para la salud de quienes los consumen y para el medio ambiente. Esto explica tanto la legitimidad de las medidas estatales

salud, la integridad física, y la educación, que la Carta no sólo reconoce como derechos de la persona (CP arts 11, 12, 49, y 67) sino que también incorpora como valores que el ordenamiento busca proteger y maximizar, en cuanto opta por ellos."

⁴³ Este cuestionamiento también está bien documentado en el ámbito académico. A este respecto, por ejemplo, existen voces que consideran que la aplicación de *Central Hudson Test* frente a la prohibición de publicidad de productos de tabaco llevaría a la inconstitucionalidad de la medida, puesto que la necesidad que los consumidores cuenten con información estaría cobijada por la cláusula de libertad de expresión. *Vid. BASSUK, Gregory D. "Advertising Rights and Industry Fights: A Constitutional Analysis of Tobacco Advertising Restrictions in a Federal Legislative Settlement of Tobacco Industry Litigation" 85 The Georgetown Law Journal 1996-1997 (715-749)*

que, como las estudiadas, conforman un mercado pasivo para los mismos, como la posibilidad de imponer restricciones intensas, hasta el grado de prohibición, respecto de los mensajes publicitarios destinados a promover dicho consumo.

Esta comprobación lleva a un interrogante obvio: ¿cuál es entonces el contenido informativo de la publicidad comercial de tabaco que obtiene reconocimiento constitucional, amén de estar vinculado con los derechos de los consumidores? La respuesta a este cuestionamiento debe basarse en la consideración anterior, según la cual los productos de tabaco con intrínsecamente nocivos, por lo que la información que debe obtener reconocimiento constitucional es aquella que ilustre al consumidor potencial sobre los daños que se genera del uso de esa sustancia. A este respecto, la Corte encuentra que el legislador, en consonancia con los compromisos internacionales derivados del CMCT, es especialmente prolijo en la definición de instrumentos dirigidos a informar al consumidor sobre los riesgos en que incurre por el consumo de productos de tabaco.

Así por ejemplo, la Ley 1335/09 incorpora el deber estatal de prever una política de salud pública antitabaquismo, con obligaciones concretas de educación y prevención del consumo, tanto a nivel nacional como territorial (Art. 5° y ss.). De igual modo, dispone estrictas y específicas sobre el empaquetado y etiquetado de productos de tabaco, las cuales disponen (i) la prohibición que el producto esté dirigido a menores de edad o ser especialmente atractivo para estos; (ii) que no pueda vincularse el hecho de fumar con el éxito atlético o deportivo, la popularidad y el éxito profesional o sexual; (ii) la prohibición que el empaquetado utilice expresiones que apelen a que el producto genera un daño menor, como *light*, *mild*, suave, ligeros o bajos en alquitrán y monóxido de carbono; y (iii) la obligatoriedad que las presentaciones de dichos bienes adviertan acerca de sus efectos nocivos. (Art. 13). Además, confiere al Gobierno la potestad de solicitar a los fabricantes e importadores de cigarrillos que informen sobre los ingredientes agregados del tabaco, al igual que los niveles de componentes de humo que correspondan a niveles de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono.

En consecuencia, para el caso planteado no puede colegirse que se haya afectado el discurso comercial, en su vertiente informativa, por el hecho de la prohibición total de la publicidad y promoción. En contrario, existe una decidida voluntad del legislador de extremar las medidas para que el potencial consumidor de tabaco esté debidamente informado sobre las calidades del producto y, en especial, las consecuencias de su adquisición y uso. Por ende, la objeción planteada no pone en cuestión la constitucionalidad de los artículos demandados.

32. Del texto de la demanda se concluiría una nueva objeción, esta vez relativa a que la decisión adoptada en esta oportunidad, desconocería reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte en la sentencia C-524/95, según la cual

una norma legal que limite la publicidad de productos de tabaco es exequible, en tanto no incorpora su prohibición total, pues ello desconocería el núcleo esencial de la libertad de empresa. Sobre este tópico, la Sala advierte que la interpretación que el actor hace del fallo citado es errónea, pues termina asumiendo la existencia de reglas jurisprudenciales sobre aspectos que claramente no fueron abordados por la Corte. Como se explicó en el fundamento jurídico 17 de este fallo, este Tribunal consideró que la medida legislativa estudiada en esa oportunidad no significaba una limitación desproporcionada de la libertad de empresa, puesto que en realidad el precepto no establecía ningún límite material a la difusión del mensaje publicitario, sino que en realidad se circunscribía a conferir a una autoridad administrativa la regulación de los horarios para las emisiones en medios de comunicación de la publicidad de productos de tabaco. En relación con este asunto, la Corte expresó lo siguiente:

“Ahora bien: al establecer el precepto acusado que las emisoras de radiodifusión sonora, las programadoras de televisión y los cinematógrafos sólo pueden transmitir propaganda de bebidas alcohólicas, cigarrillos y tabaco en los horarios y con la intensidad que señale el Consejo Nacional de Estupefacientes, previo concepto de su comité técnico asesor, ¿podría pensarse que se está atentando contra el derecho a la información y la prohibición de establecer censura a los medios de comunicación? La respuesta es no, pues el legislador debidamente facultado por el canon constitucional que coincidentalmente el actor invoca como violado, esto es, el artículo 78 de la Carta, tiene competencia para señalar la información que debe suministrarse al público en la comercialización de los bienes y servicios, dentro de la cual se incluye necesariamente la publicidad o propaganda de tales productos, que se traduce en protección y garantía para los consumidores de los productos o usuarios de los servicios ofrecidos.

De otro lado, obsérvese que la norma demandada no impide la divulgación de propaganda por parte de los medios de comunicación allí citados, sino que condiciona su emisión a los horarios que determine el Consejo Nacional de Estupefacientes, por fines plausibles como son: el interés general, la vida, la salud, la seguridad y los derechos de los niños. Para estos efectos vale la pena recordar que en la reglamentación respectiva del citado Consejo (resol. 03/95), sólo se permite la transmisión por radio y televisión de propaganda de bebidas alcohólicas, cigarrillo y tabaco entre las once de la noche y las seis de la mañana del día siguiente, y en los cinematógrafos en la proyección de películas aptas para adultos y que la ley 124 de 1994 prohíbe la venta de bebidas embriagantes a menores de edad.”

Del apartado transcrito es necesario inferir que la Corte en la sentencia C-524/95 concluyó que (i) el legislador se encuentra facultado constitucionalmente para regular la publicidad de productos de tabaco; y (ii) que la norma no tenía el alcance que quería dársele, pues de la misma no podría colegirse una prohibición de dicha publicidad comercial. Esto significa que el problema jurídico particular consistente en la constitucionalidad de la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco y sus derivados, no fue materia estudiada y resuelta expresamente por la Corte. Este asunto sí es analizado a profundidad en la presente decisión, con base en no solo en las

sentencias anteriores de la Corte que han estudiado materias análogas, sino también de cara a los compromisos internacionales asumidos por Colombia en materia de control de tabaco, que han operado en esta decisión como guía para la interpretación de las normas legales objeto de control de constitucionalidad. En consecuencia, la objeción por presunto desconocimiento de reglas jurisprudenciales tampoco desvirtúa la constitucionalidad de dichas normas.

33. Una tercera objeción es planteada por algunos de los intervinientes, quienes ponen en cuestión la exequibilidad del parágrafo del artículo 14, con el argumento que la prohibición de emisión en Colombia de comerciales audiovisuales producidos en el extranjero que promocionen productos de tabaco, es incompatible con la regulación legal que impide a las operadores de televisión por cable y satelitales intervenir en la programación foránea que emiten en el país. Una censura de este tipo es impertinente en el presente proceso, puesto que se basa en la presunta contradicción entre dos estipulaciones del mismo rango legal, controversia del todo ajena con el control abstracto de constitucionalidad, fundado en la comparación entre las normas legales y la Constitución. En ese sentido, tendrán que armonizarse en su aplicación práctica las normas legales que imponen el régimen para la transmisión de la televisión satelital y por suscripción, con los preceptos objeto de análisis en esta decisión.

34. La constitucionalidad de los preceptos demandados podría cuestionarse, finalmente, con base en el argumento propuesto por el ciudadano Cáceres Corrales, según el cual la medida de prohibición legislativa es desproporcionada, puesto que se limita a un grupo de productos en particular y no lo extiende a otros, como el consumo de determinados alimentos que involucran daño cardiovascular o las bebidas alcohólicas. A este respecto, basta indicar que las medidas de intervención del Estado en el economía hacen parte del amplio margen de configuración legislativa, por lo que corresponde al Congreso decidir en qué campos y bajo qué materias se dirige dicha intervención, correspondiéndole a la jurisdicción constitucional evaluar si tales instrumentos cumplen las condiciones descritas en esta providencia para la validez de normas de esa índole, más no suplantar la actividad del legislador, en el sentido de identificar y regular qué otras materias debería someter a regulaciones, limitaciones o restricciones. Además, para el caso particular analizado, el legislador fundó su decisión en la necesidad de cumplir con las obligaciones asumidas por el Estado colombiano en razón de la suscripción del CMCT, deberes que se han expuesto *in extenso* en distintos apartes de esta sentencia.

Conclusión

35. Los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335/09, estudiados de manera armónica, permiten concluir que el legislador previó la prohibición total de la publicidad y promoción del consumo de tabaco, al igual que la restricción del patrocinio en eventos culturales y deportivos, cuando el mismo esté dirigido a

la publicidad directa o indirecta de productos de tabaco y sus derivados. Estas medidas son compatibles con la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, puesto que el legislador puede imponer restricciones, incluso a nivel de prohibición, a la publicidad comercial, cuando concurren razones imperiosas que hagan proporcionales medidas de esa naturaleza. En el caso analizado, existe un consenso global acerca del carácter intrínsecamente nocivo de los productos de tabaco y sus derivados, habida cuenta el daño cierto, objetivo y verificable que provoca a la salud de quienes lo consumen y de los *fumadores pasivos*, al igual que al medio ambiente. Esta comprobación, aunada al hecho que la prohibición legal en comento, (i) no afecta el núcleo esencial de las libertades económicas, puesto que es compatible con la producción y comercialización de los productos de tabaco y sus derivados; (ii) preserva el derecho de los consumidores a conocer sobre los efectos y consecuencias del consumo de dichos bienes; y (iii) es desarrollo de compromisos suscritos por el Estado colombiano en materia de control de tabaco; permite concluir que las normas analizadas no contravienen las citadas libertades.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, los artículos 14, 15, 16 y 17 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*”

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado (P)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General
Sentencia C-830/10

