

Luis Alberto Sierra Pajoy*

Escuela Superior de la Administración Pública (Bogotá, Colombia)
luisierrap@hotmail.com

José Luis Osorio Muñoz**

Escuela Superior de la Administración Pública (Bogotá, Colombia)
jlom_20@hotmail.com

**Interpretación neoconstitucional del derecho
al libre desarrollo de la personalidad: una reflexión
sobre la política pública del consumo de cigarrillo
en los establecimientos penitenciarios y carcelarios
de Colombia*****

*Neoconstitutional Interpretation of the Right to Free
Development of Personality: A Reflection on Public Policy
Regarding Cigarette Consumption in Penitentiary and
Prison Establishments in Colombia*

*Interpretação neoconstitucional do direito ao livre
desenvolvimento da personalidade: uma reflexão
sobre a política pública de consumo de cigarros em
estabelecimentos penitenciários e prisionais na Colômbia*

Artículo de reflexión: recibido 13/07/2023 y aprobado 02/08/23

* Administrador Público de la Escuela Superior de Administración Pública (Colombia). Abogado de la Universidad Libre (Colombia). Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado (Colombia). Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Icesi (Colombia). Magíster en Derecho de la Universidad Icesi (Colombia). Candidato a

doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Autor de la publicación “Análisis en perspectiva de Derechos Humanos del Convenio sobre Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España”. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8831-6648>
** Abogado de la Universidad Santiago de Cali (Colombia). Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Icesi (Colombia). Magíster en Derecho de la Universidad Icesi (Colombia). Candidato a doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Autor de múltiples publicaciones como “Del liberalismo al perfeccionismo: Dos concepciones sobre las funciones del Estado”; “El perfeccionismo modesto una propuesta iusfilosófica a las sentencias C-221-94 C-040-06 y C-491-12 de la Corte Constitucional Colombiana”; “Reflexiones éticas sobre el hacinamiento carcelario en la sentencia T-153 de 1998”, y “Análisis en perspectiva de Derechos Humanos del Convenio sobre Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España”. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4995-1777>

*** Este artículo es el producto de una reflexión original y auténtica que surge después de haber cursado estudios de doctorado en Ciencias Jurídicas. Constituye una puerta de entrada para abordar el estudio detenido y profundo sobre las herramientas teóricas que permiten afianzar las decisiones judiciales de la Corte Constitucional en Colombia al momento de establecer una definición sustantiva de los derechos fundamentales en un determinado entorno social. No existe de momento un conflicto de interés en atención al origen y contenido del artículo. Los autores no recibieron apoyo financiero para la investigación, autoría y/o publicación de este artículo.

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v23.6263>

Cómo citar:

Sierra Pajoy, L. A.; Osorio Muñoz, J. L. (2023). Interpretación neoconstitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad: una reflexión sobre la política pública del consumo de cigarrillo en los establecimientos penitenciarios y carcelarios de Colombia. *Precedente Revista Jurídica*, 23, 67-94. <https://doi.org/10.18046/prec.v23.6263>



Resumen

El presente artículo establece que la Corte Constitucional colombiana fundamenta una interpretación y definición sustancial del derecho al libre desarrollo de la personalidad a partir de una política pública de estirpe liberal, auspiciada por el paradigma del nuevo constitucionalismo. El marco contextual en el cual se desarrolla esta hipótesis es la República de Colombia, donde se profirió la Sentencia T-479 de 2015. Se concluye que existen mínimamente unos compromisos morales entre el Estado y sus ciudadanos, más allá del simple mantenimiento del orden público que predica la neutralidad liberal. Así, por ejemplo, el impacto de la política pública del consumo de cigarrillos en establecimientos penitenciarios configura compromisos que deberían ser atendidos por el Estado. Para arribar al objetivo de este trabajo, se utiliza un tipo de estudio jurídico descriptivo que permite delimitar el objeto de análisis, utilizando, a través de la deducción como método, una herramienta que permita llegar a concreciones sobre el caso particular de la Sentencia T-479 de 2015. El trabajo intenta responder el problema de investigación sobre si el paradigma neoconstitucionalista es una herramienta que permite la interpretación y definición sustancial del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el marco de la política pública del consumo de cigarrillos en establecimientos penitenciarios.

Palabras clave: libre desarrollo de la personalidad; Estado social y democrático de derecho; política pública; consumo; establecimientos penitenciarios.

Abstract

This article establishes that the Colombian Constitutional Court bases a substantial interpretation and definition of the right to the free development of personality on a public policy of liberal lineage, sponsored by the paradigm of the new constitutionalism. The contextual framework in which this hypothesis is developed is the Republic of Colombia, where judgment T-479 of 2015 was issued. It is concluded that there are minimal moral commitments between the State and its citizens, beyond the simple maintenance of public order preached by liberal neutrality. For example, the impact of public policy on cigarette consumption in prisons configures commitments that should be met by the State. To achieve the objective of this work, a type of descriptive legal study is used, allowing for the delimitation of the object of analysis. Through deduction as a method, a tool is utilized that enables concrete conclusions to be reached regarding the particular case of the sentence T-479 of 2015. The work aims to address the research problem of whether the neoconstitutionalist paradigm is a tool that allows the interpretation and substantial definition of the right to the free development of personality within the framework of the public policy of cigarette consumption in penitentiary establishments.

Keywords: Free Development of Personality; Social and Democratic State of Law; Public Policy; Consumption; Penitentiary Establishments.

Resumo

Este artigo estabelece que o Tribunal Constitucional colombiano fundamenta uma interpretação e definição substancial do direito ao livre desenvolvimento da personalidade a partir de uma política pública de linhagem liberal, patrocinada pelo paradigma do novo constitucionalismo. O marco contextual no qual esta hipótese é desenvolvida é a República da Colômbia, onde foi proferida a Sentença T-479 de 2015. Conclui-se que existem compromissos morais mínimos entre o Estado e seus cidadãos, além da simples manutenção da ordem pública que prega a neutralidade liberal. Por exemplo, o impacto da política pública sobre o consumo de cigarros nas prisões configura compromissos que devem ser cumpridos pelo Estado. Para chegar ao objetivo deste trabalho, é utilizado um tipo de estudo jurídico descritivo que permite delimitar o objeto de análise, utilizando, por meio da dedução como método, uma ferramenta que permite chegar a conclusões sobre o caso específico da sentença T 479 de 2015. O trabalho visa responder ao problema de pesquisa sobre se o paradigma neoconstitucionalista é uma ferramenta que permite a interpretação e definição substancial do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no âmbito da política pública de consumo de cigarros em estabelecimentos penitenciários.

Palavras-chave: livre desenvolvimento da personalidade, Estado social e democrático de direito, políticas públicas, consumo, estabelecimentos penitenciários.

Introducción

En Estados constitucionales modernos como el colombiano, la interpretación y definición sustancial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad parecen estar desprovistas de un *telos* por los jueces de la Corte Constitucional. El sentido que le adscriben al contenido de este derecho es el de una libertad para actuar de cualquier modo sin ser obstaculizado, siempre que no se atente contra derechos de un tercero ni contra el orden constitucional.

Uno de los mayores problemas con la interpretación que acoge intelectualmente la Corte estriba en el hecho de que, en principio, no parece responder a los compromisos morales que se le pueden adjudicar al Estado en la formación caracterial de sus ciudadanos. Principalmente, no responde a un compromiso moral porque se desentiende de procurar la formación de buenos seres humanos para la sostenibilidad del bien común.

El Estado en la actualidad no debe ser visto únicamente en términos instrumentales relacionados con el bien común. Por el contrario, su misión demanda obligaciones más exigentes con el individuo que se encuentra bajo su cuidado. Las razones podrían comprenderse en el entendido de que el Estado no reconoce y garantiza derechos exclusivamente con el fin de garantizar la convivencia, sino que los reconoce y garantiza porque sabe que el bienestar individual es un bien con valor intrínseco.

Vistas las cosas de esta manera, el reconocimiento y protección de aquellos bienes que hacen del individuo un mejor ciudadano ameritan que los jueces constitucionales adscriban contenidos al libre desarrollo de la personalidad, conforme a aquello que verdaderamente contribuye al mejoramiento de la democracia, la convivencia pacífica y el bien común.

Para el desarrollo de este propósito, se tienen propuestas o modelos teóricos políticos como los del *perfeccionismo*, que pueden presentarse como una opción razonable. En este sentido, de manera breve, se plantea cómo se podría atender casos como el consumo de cigarrillo desde la perspectiva de un Estado que asume y reconoce los compromisos morales con los individuos.

Es a partir de lo anteriormente expuesto que este artículo también busca poner de presente una de las principales deficiencias en los jueces constitucionales colombianos al inscribirse en el modelo neoconstitucional, que aparentemente aboga por el reconocimiento y la defensa de los intereses individuales de los ciudadanos, pero no logra reflejar adecuadamente los valores morales.

En un análisis a la Sentencia T-479 de 2015, este escrito plantea como hipótesis que el neoconstitucionalismo permitió fundamentar la actual interpretación y definición sustancial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo que produjo avances en la consolidación de una política pública relacionada con el consumo de tabaco al interior de los establecimientos penitenciarios en Colombia.

1. La presencia del nuevo constitucionalismo en el Estado colombiano

El *neoconstitucionalismo* es un neologismo que ha sido utilizado para intentar definir una teoría del derecho, una metodología jurídica o una ideología sobre el modelo de Estado de derecho (Solano, 2016, p. 162). Este uso del término es una de las razones por las cuales ha resultado un poco problemática la identificación precisa y unánime de algunos académicos (Comanducci, 2002). De aquí se sigue que en países latinoamericanos, como Colombia, se utilice para identificar una concepción particular sobre el papel de la constitución y la democracia.

El concepto lleva implícita una fuerte tendencia hacia la constitucionalización del derecho. Puede considerarse un paradigma que abriga la pretensión de que todo el ordenamiento jurídico del Estado de derecho se encuentra acorde a los mandatos constitucionales. En él también se encuentran nuevas formas de control democrático a la actividad legislativa, como el control de constitucionalidad.

En Colombia el control de constitucionalidad se encuentra a cargo de la Corte Constitucional y opera tanto de manera automática, por orden de la constitución, como por solicitud ciudadana,¹ a través de demanda. Sin embargo, esta no es la única característica con la que puede identificarse el neoconstitucionalismo; existen otras características como, por ejemplo, el papel protagónico de los principios constitucionales en la interpretación y aplicación del derecho.

1 El artículo 241 de la Constitución Política colombiana de 1991 definió estas funciones: Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Un rasgo teórico y distintivo, atribuido al neoconstitucionalismo, es la convergencia entre moral y derecho. La aparición de los principios en textos constitucionales se ha visto como una forma de positivizar la moral. Un asunto que no deja de lado la problemática de la aplicación de los principios, los cuales, por su indeterminación en el antecedente fáctico y su carencia de consecuente jurídico, dejan un amplio margen para la discrecionalidad judicial (Guastini, 1999).

A diferencia de las reglas, los principios no operan como enunciados condicionales (si F, entonces G) (Guastini, 2015). Esta característica tan particular de los principios imposibilita la aplicación por subsunción.² Por el contrario, los principios operan mediante ponderación: un método que implica la aplicación de un principio de proporcionalidad, el cual se estructura a partir de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido (Alexy, 2010).

El subprincipio de idoneidad atiende a la exclusión de medios que perjudiquen la realización de un principio sin favorecer por lo menos uno de los principios en el objetivo que pretenden. Por su parte, el subprincipio de necesidad, aunque también atiende a los medios, específicamente, dispone utilizar el medio que menos perjudique a otro u otros principios, y el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido atiende a que, cuanto mayor sea el incumplimiento de un principio, mayor debe ser la importancia del principio que prevalezca.

Desde luego, esta aplicación del método de ponderación ha sido objeto de fuertes críticas, por autores como Habermas, pero lo cierto es que para los propósitos de este trabajo no nos detendremos en ello. Conviene, por el contrario, poner de presente que la función de los principios en el neoconstitucionalismo se justifica en la resolución de antinomias e interpretación adecuadora de las normas del ordenamiento jurídico con la Constitución.

A partir de la interpretación de las normas a la Constitución, se perfila la identificación del neoconstitucionalismo como ideología. Paolo Comanducci (2002) así lo comparte al manifestar que las técnicas interpretativas de la ley derivan del objeto de la Constitución. Además, la concepción del neoconstitucionalismo como ideología se sustenta en el hecho de equiparar

² Para autores como Riccardo Guastini, “subsumir” significa adscribir un individuo (en sentido lógico) a una clase (subsunción individual) o incluir una clase en una más amplia (subsunción “genérica”, como se le llama).

la Constitución como cuerpo normativo a un modelo axiológico en el cual se hace moralmente exigible que las leyes estén conformes.

La equiparación de la Constitución a un modelo axiológico ha contribuido a identificar al neoconstitucionalismo como una teoría. En apoyo de esta concepción, se tiene el hecho invasivo de los derechos fundamentales en los textos legales que impactan en la interpretación y en la aplicación de la ley. De esta manera, se erige y se entreteje toda una actividad a cargo de los jueces, quienes definen qué es y qué no es derecho, constituyendo “precedentes” como una especie de decálogos.

Estos “precedentes” que se gestan desde el neoconstitucionalismo vienen a cumplir una función metodológica. En primer lugar, establecen el monopolio interpretativo, y en segundo, se vuelven vinculantes, por no decir obligatorios, para las autoridades del Estado colombiano. A esto se suma que los jueces, en una gran mayoría, suscriben, consciente o inconscientemente, la tesis sobre la conexión justificativa entre el derecho y la moral, considerando legítimas sus decisiones en cuanto reconocen esta relación.

El neoconstitucionalismo, como una teoría del derecho, una metodología jurídica o una ideología, bien puede ser objeto de críticas. La ausencia de algún requisito para clasificarlo de una u otra manera es una razón en la que se formularían objeciones. Sin embargo, uno de los propósitos de este apartado consiste en dar cuenta de una aproximación al vocablo y no en los reparos que se le puedan formular. Asimismo, intenta dar cuenta de la presencia del concepto dentro del estudio jurisprudencial de un caso puntual.

Por el momento, basta señalar que la identificación del neoconstitucionalismo en Colombia se aprecia con el protagonismo judicial, la aplicación de principios a través de la ponderación y la positivización de los principios en el texto constitucional. En lo que sigue, veremos un caso conocido por la Corte Constitucional colombiana y se expondrán los argumentos de estirpe neoconstitucionalista que permitieron tomar la decisión.

2. Planteamientos neoconstitucionales de la Sentencia T-479 de 2015 de la Corte Constitucional colombiana

La Sentencia T-479 del 4 de agosto del año 2015 fue precedida por la sala octava de revisión de la Corte Constitucional colombiana.³ La ponencia de la providencia judicial estuvo a cargo del magistrado Alberto Rojas Ríos. Se profirió sentencia con ocasión de una acción de tutela (amparo) promovida por las ciudadanas Deisi Paola Jurado y sesenta y una⁴ (61) mujeres más contra el establecimiento penitenciario y carcelario de Pasto.

Los hechos materia de amparo se originaron con ocasión de ordenar al director de la Cárcel de Pasto “autorizar el consumo de cigarrillo en el pabellón de mujeres de este establecimiento, adecuando un espacio para área de fumadores” (Corte Constitucional, T-479, 2015, p. 5). De la misma manera, fue objeto de solicitud de amparo la búsqueda de un trato igualitario para las personas reclusas en el centro de prisión, dado que los hombres contaban con un espacio para fumar mientras que las mujeres no lo tenían.

Dentro de los hechos manifestados por las mujeres accionantes, se destaca la solicitud de igualdad en la aplicación de la ley y en el trato de las autoridades hacia todos los reclusos del centro penitenciario. Concretamente dicen: “todos los internos de este establecimiento carcelario tenemos los mismos derechos, deberes y garantías”, sometidos a un mismo régimen, y por ende deben recibir “el mismo tratamiento por parte de la Ley y las autoridades” (Corte Constitucional,

3 En Colombia, la Constitución Política de 1991, en el artículo 239, autorizó la creación de una Corte con el fin de guardar la integridad y supremacía de la Carta Política. Esta institución estaría conformada por un número de miembros impares, el cual, por disposición del artículo 44 de la Ley 270 de 1996 (Ley estatutaria de la administración de justicia), sería de nueve magistrados. Estos magistrados conforman salas de 3 magistrados que resuelven acciones de tutela o amparo.

4 Rosa Martínez, Ximena Villacorte, Ingrid Riascos, Vanesa Ruiz, Paula Corredor, Yuly Fuisury Toro, Saira Caracas Mosquera, Mónica Lorena Guerrero, Adriana Recalde, Luz Angélica Reyes, Margoth Ruano, Ana Gloria Guerrero, Paula Carmenza Otero, Karol Viviana Yela Burbano, Paula Marcela Bello Morinelly, Patricia Córdoba, Martha Liliana Ávila, Yeny Rubiel Mallama, Lucy Narváez, María Victoria Martínez, Evelin María Vargas Gamboa, Marta Emérita Ortega, Sonia Sánchez Socorro Gómez, Johana Stefani Ramírez, Paola Chávez, Lorena Bacca, Johana Sánchez, Luz Dary Guerrero, Diana Tarapuez, Jesica Benavides, Luz Dari Meneses, Izabel Zambrabo, luz Dari Cardona, Jennifer Naspiran, Carmen Chaspuengal, Aida Figueroe, Jhovana Delgado, Mónica Alvarado, Paola Andrade, Lucía Viscaino, Sandra Milena Duarte, Paola Andrea Delgado, Irma Molina Bolaños, Amparo Aguirre, Mayoli Narváez, Socorro Bastidas, Sandra Milena Igua, Sandra Puetate, Jenny Rodríguez, Sandra Morillo, Daissy Pinchao, Yuri Vanessa Narváez, Paola Benavides Mera, Cecilia Torres, Ana Patricia Chávez, Andrea Carolina Paz, Lorena, Hoyos Ibarra, Yuly Rico y Georgina Jaramillo.

T-479, 2015, p. 5). En consecuencia, solicitan la protección al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad.

Por otro lado, en la contestación a la acción de tutela (amparo), el establecimiento penitenciario y carcelario de Pasto manifestó que no considera haber vulnerado derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de las mujeres accionantes. En primer lugar, porque asegura actuar en cumplimiento de la Ley 1335 de 2009 —Ley Antitabaco— y la Resolución 1956 de 2006;⁵ normas que regulan y adoptan medidas relacionadas con el consumo de cigarrillo o tabaco, y que además prohíben el consumo de cigarrillo en establecimientos cerrados.

En segundo lugar, indican que la prohibición para fumar en el pabellón de mujeres se debe a que no cuenta con una zona al aire libre, contrario a lo que sucede en el área donde se encuentran los hombres, cuyos patios tienen una estructura de cuatro (4) muros sin techo, apta para el consumo de cigarrillo; por tanto, de dicha situación no se derivaría una vulneración al derecho a la igualdad.

Surtida la contestación, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de San Juan de Pasto,⁶ mediante fallo de primera instancia del 19 de febrero de 2015, negó el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad invocados por las accionantes, al considerar que

5 Expedida por el Ministerio de la Protección Social.

6 Es importante tener en cuenta que en Colombia todos los jueces tienen competencia para conocer de acciones constitucionales (amparo). Esto implica que un juez de cualquier especialidad pueda conocer de un problema jurídico que no sea de su especialidad, siempre y cuando esté en peligro un derecho fundamental y se presente una acción de tutela. En este sentido, la Constitución Política colombiana de 1991, en su artículo 86, establece:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

conforme a la pruebas allegadas al expediente de tutela, se evidencia que las instalaciones donde se encuentran las accionantes no posibilitan el consumo de cigarrillo sin menoscabar el derecho a un ambiente sano, el cual no es ajeno a las normas constitucionales y el derecho de quienes no fuman, sumado a que el presupuesto asignado está destinado a suplir las necesidades prioritarias de todas las internas en general. (Corte Constitucional, T-479, 2015, p. 7)

Además, para el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de San Juan de Pasto, no se puede hablar de una vulneración al derecho fundamental a la igualdad, toda vez que dicha vulneración se produce ante tratamientos diferentes de quienes se encuentran en similares condiciones o circunstancias frente a otros; es decir, frente a quienes comparten los mismo supuestos fácticos y son tratados de diferente forma sin una causa objetiva, mientras que en el caso *sub examine* las accionantes no se encontraban en iguales circunstancias que los hombres, al no contar con un área al aire libre.

En la revisión de los fallos judiciales por acción de tutela que hace la Corte Constitucional, esta corporación eligió el caso presentado por las mujeres de la penitenciaría de la ciudad de Pasto. Las competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política colombiana y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, habilitaron a la Corte para realizar control⁷ del fallo emitido en primera instancia.

En su actuación, la Corte ordenó la comisión al juez Cuarto Penal del Circuito de San Juan de Pasto, con el propósito de llevar a cabo una inspección judicial al establecimiento penitenciario y carcelario de Pasto, en compañía del defensor del pueblo de dicha ciudad. Allí se logró evidenciar que el patio de las mujeres recluidas no cuenta con una zona de actividad física y, dada la infraestructura del centro penitenciario, no era posible su adecuación, porque en el sitio convergen fumadoras y no fumadoras, a quienes se les debía garantizar sus derechos.

Por su parte, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) manifestó que cualquier orden de adecuación física correspondía a la Unidad

7 De acuerdo a la Sentencia C-122 de 2011, el sistema jurídico colombiano tiene un control de constitucionalidad mixto, en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución, sin perjuicio del control concentrado de constitucionalidad que ejerce preferentemente la Corte Constitucional.

de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC). La USPEC, en respuesta al llamado de la Corte, manifestó que, en caso de ordenar obras en la penitenciaría de Pasto, vinculara al Ministerio de Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación, a fin de que suministraran los recursos económicos necesarios.

Para la Corte, en este caso sí se vulneraron los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de las accionantes, al no contar con un espacio al aire libre en el pabellón de mujeres, donde las internas puedan fumar y hacer ejercicio físico. En consecuencia, ordenó revocar el fallo del juzgado Cuarto Penal del Circuito de San Juan de Pasto y que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la providencia se garantizara con efectos *inter comunis* a todas la reclusas de este establecimiento el acceso y disfrute a un espacio al aire libre, en la cancha del personal administrativo adyacente al pabellón de mujeres; igualmente, ordenó la adecuación y establecimiento de un horario que diera a las mujeres la posibilidad de fumar.

Ahora veamos como arribó la Corte a su decisión y cuáles fueron los argumentos que utilizó. Inicialmente, para la Corte, no contar con un espacio físico para el ejercicio y no contar con un espacio físico para fumar violan en la misma medida los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.⁸ Argumenta que, por la naturaleza de la acción de tutela (amparo), la labor del juez debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales —derechos fundamentales—, por lo que pronunciarse sobre un hecho que no ha sido materia de amparo es viable en cuanto encuentre correspondencia con derechos fundamentales invocados como vulnerados.

Se observa que el actuar de la Corte corresponde con posturas neoconstitucionales al otorgarle un protagonismo al juez colegiado en la defensa de los derechos fundamentales, aun cuando no se estima con claridad una necesidad jurídica prevista con ocasión de una norma. Lo que se estima es un claro control democrático escudado bajo los principios defendidos por la Constitución.

⁸ Es importante poner de presente que las accionantes no interpusieron la acción de tutela porque no contaran con un espacio físico para ejercitarse, sino porque no contaban con un espacio físico para fumar (Corte Constitucional, T-479, 2015, p. 13).

En cuanto al razonamiento de la Corte, es claro que incurre en una falacia *non sequitur*: el hecho de no contar con un espacio para el ejercicio en un centro penitenciario no necesariamente implica que la ausencia de un espacio para fumar en dicho centro penitenciario vulnere los mismos derechos fundamentales, en especial al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad.

El motivo por el cual no se sigue necesariamente un hecho del otro radica en que las actividades a realizar son completamente diferentes. De esta premisa se desprende la relación con el ejercicio de los derechos fundamentales. En otras palabras, la necesidad de contar con un espacio físico para realizar ejercicio trae consigo el ejercicio de unos derechos fundamentales precisos, como el derecho a la autonomía, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, mientras que el requerimiento de un espacio físico para fumar implica el ejercicio de otros derechos que pueden entrar en discusión sobre la legitimidad de su ejecución.

Además del argumento de equiparar el espacio físico para el ejercicio con un espacio físico para fumar, la Corte sustenta su decisión a partir del análisis de las personas que se encuentran con pena privativa de la libertad, el análisis del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad de las personas privadas de la libertad y el análisis del marco jurídico sobre el uso y consumo del cigarrillo en Colombia.

La Corte busca legitimar su decisión a partir de la amplia flexibilidad que le permiten las disposiciones principialistas de la Constitución. La aplicación del derecho se hace desde un análisis que escapa a la necesidad de hallar respuestas en el ordenamiento positivo, lo cual es un aspecto importante que identifica su correspondencia con el neoconstitucionalismo.

En lo que interesa a los propósitos de este trabajo, brevemente se presenta lo tenido en cuenta en el análisis de las personas que se encuentran con pena privativa de la libertad y en el análisis del marco jurídico sobre el uso y consumo del cigarrillo en Colombia, para entrar en mayor detalle con el análisis del ejercicio al libre desarrollo de la personalidad de las personas privadas de la libertad, donde se puede constatar con mayor practicidad la influencia neoconstitucionalista de la Corte en la definición sustantiva de este derecho.

Para la Corte, las personas que se encuentran privadas de la libertad en los centros penitenciarios son sujetos de especial protección. Esta condición deriva del vínculo de especial relación de sujeción que se origina del sometimiento del condenado al régimen disciplinario del establecimiento penitenciario.

El argumento sobre el estatus de especial protección del condenado es previsto en términos morales y no jurídico. Destacamos así que un rasgo teórico y distintivo, atribuido al neoconstitucionalismo, como lo es la convergencia entre moral y derecho deja un amplio margen para la discrecionalidad judicial. Se considera que, al imprimir condiciones morales a través de los principios, el juez colegiado aprovecha la indeterminación en el antecedente fáctico y su carencia de consecuente jurídico, para suplir con su argumentación el intento de legitimidad de su decisión.

Las consecuencias jurídicas propias de este estado de sujeción entre el Estado y el interno son la posibilidad de limitar algunos derechos fundamentales del interno, la imposibilidad de restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales, el deber de asegurarle al interno el goce efectivo de sus derechos y el deber de asegurarle al interno las condiciones para su efectiva resocialización.

El marco jurídico utilizado para el análisis de los hechos lo inaugura el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el control del Tabaco. Este convenio fue aprobado por Colombia en su legislación interna mediante la Ley 1109 de 2006, y desarrollado por el Decreto 3039 de 2007. A esto se suman la resolución 1956 de 2008, que prohibió fumar en áreas interiores o cerradas o lugares públicos, y la Ley 1335 de 2009, que reguló el consumo, venta, publicidad y promoción de los cigarrillos.

Este marco jurídico le permite a la Corte concluir que tiene como finalidad “prevenir, mejorar, conservar y preservar el bienestar de toda la población colombiana, así como la de incentivar estilos de vida saludables” (Corte Constitucional, T-479, 2015, p. 30). Con un alto grado de acierto,⁹ la Corte encuentra que es esta es la teleología de las disposiciones normativas que el legislador tiene frente al consumo de cigarrillo.

Después de atender a la teleología del marco jurídico que regula el consumo de cigarrillo, la Corte establece que el consumo de cigarrillo es en sí mismo una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. En palabras de este tribunal,

⁹ El acierto que se le reconoce a la conclusión de la Corte se debe, en primer lugar, a que el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia establece como un fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la carta magna. En segundo lugar, el artículo 49 de la misma Constitución ha previsto como un deber de toda persona procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

si bien es cierto [que] el uso del cigarrillo es perjudicial para la salud, y que restringir el consumo de este ayuda a la política pública adelantada por el Estado, también lo es, que el consumo o no del tabaco, corresponde a una decisión que solo atañe a la persona. Recordemos, que toda persona, independientemente de su condición, y mientras no transgreda los límites originados de los derechos de los demás, del orden público y, como en esta oportunidad, de su estado de sujeción, es libre de tomar sus propias decisiones.

En este sentido, no puede el Gobierno mediante sus autoridades restringir derechos o acciones reconocidos al ser humano, sin tener un fundamento jurídico constitucional y haber hecho un estudio de la medida a tomar, conforme a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, toda vez que vulneraría el derecho al libre desarrollo de la personalidad. (Corte Constitucional, T-479, 2015, p. 28) (negrita fuera del original)

Lo argumentado por la Corte puede ser comprendido desde varias aristas, desde luego, inscritas en el activismo judicial propio del neoconstitucionalismo. El autor Leonardo García Jaramillo (2015, p.112) permite identificar como una de las características la renovación de las prácticas jurisprudenciales.

Por una parte, la práctica jurisprudencial que hace la Corte mediante la Sentencia T-479 de 2015 se renueva en el caso bajo estudio en cuanto se pronuncia más allá del sentido exegético y sistemático que la Constitución permitiría. Esto es evidente dado que una lectura de los artículos 2 y 49 de la Constitución Política colombiana permitiría sostener el argumento de que la salud pública y el cuidado integral prevalecen sobre decisiones enteramente personales, como el acto de fumar.

Por otra parte, en las prácticas del neoconstitucionalismo que se han identificado destaca la carencia de límites interpretativos en la actividad judicial. En el caso de la sentencia, la Corte manifestó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad solo puede ser limitado conforme a criterios de razonabilidad y proporcionalidad; sin embargo, la defensa de la salud pública y el deber constitucional de cuidado integral de la propia salud no son analizados ni tenidos en cuenta en la interpretación que se hace en la sentencia. Por el contrario, se justifica el respeto a la decisión de fumar con base en la autonomía que se le reconoce al individuo. Un argumento muy propio del liberalismo clásico (Mill, 1977).

Debe indicarse que de lo argumentado por la Corte se destaca como postura claramente neoconstitucional el hecho de que hace prevalecer en la fuerza de su argumentación la protección individual sobre el apoyo del Estado a la política pública antitabaco. Para el neoconstitucionalismo es clave buscar el apoyo de los derechos fundamentales, dado el grado de maniobrabilidad que permiten al momento de legitimar la toma de una decisión no prevista en el ordenamiento positivo.

La argumentación que se desarrolla en el neoconstitucionalismo de la Corte se limita a precisar que la decisión de fumar deviene del ejercicio al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Premisa que no se sustenta debidamente en interpretación de los derechos y deberes constitucionales ni en razones de orden jurídico como principios.

La consideración de que la decisión de fumar deviene del ejercicio al derecho al libre desarrollo de la personalidad no se sustenta debidamente, porque no se explica cómo jurídicamente se respeta el derecho a un ambiente sano y cómo se respeta el deber constitucional de prever el cuidado integral de la salud que le compete a cada persona. Asimismo, no se sustenta debidamente porque no resuelve la tensión entre el interés general —el llamado “bien común”— y el interés particular.

La identificación del neoconstitucionalismo en la Sentencia T-479 de 2015 se manifiesta en aspectos que definen que una política pública como el consumo de cigarrillos en establecimientos penitenciarios deba ser garantizada a los internos en virtud de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho fundamental ha sido entendido por el neoconstitucionalismo colombiano desde una perspectiva netamente liberal, que defiende la neutralidad y se materializa en un abstencionismo total frente a cualquier decisión individual.

3. Una alternativa a las críticas del neoconstitucionalismo presente en la Corte Constitucional colombiana

El neoconstitucionalismo ha sido analizado desde diferentes perspectivas; una de ellas, la forma en que interactúan los principios con la discrecionalidad judicial. Este análisis en particular, desde nuestro punto de vista, pone de presente una serie de dificultades en relación con la seguridad jurídica (Guastini, 1999). Una de estas dificultades es la legitimidad y coherencia de las interpretaciones judiciales en el marco de la aplicación de principios frente a la resolución de

un problema jurídico que también encuentra solución en las reglas de derecho emitidas por el órgano competente.

En otras palabras, uno de los principales aspectos sobre los que hace reflexionar el neoconstitucionalismo estriba en la capacidad que le otorga al juez para resolver un asunto a través de principios, cuando en ocasiones existen reglas o normas del derecho aplicables al caso. De esta manera, se cuestiona el método mediante el cual arriba a conclusiones un juez que debe resolver un determinado problema jurídico que, en muchas ocasiones, termina invadiendo esferas que corresponden a otros órganos del Estado, ya que existen decisiones que son políticas y otras que son jurídicas.

Al respecto, es importante considerar cómo la técnica de la ponderación de Robert Alexy es una herramienta adoptada pacíficamente en la actividad judicial en Colombia. Como punto de partida, es necesario ocuparse de la diferenciación entre reglas y principios en el derecho. La distinción de estos términos permite comprender hacia dónde se orienta la propuesta de la técnica de la ponderación de Robert Alexy y cuáles son los aportes que pretende dar en los escenarios de conflictos jurídicos.

Un principio es, según Ronald Dworkin (1999), “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (p. 72). Por su parte, una regla es una norma que exige el cumplimiento pleno de manera que puede ser siempre cumplida o incumplida. Existen otros asuntos que convergen en el concepto de *regla*, como la validez; sin embargo, no se pretende más que precisar el concepto en su término más sencillo para compararlo con el de *principio*, y así hablar de ponderación.

La ponderación deviene de la locución latina *pondus*, que significa “peso”; una forma bajo la cual se aplican los principios y se resuelven las colisiones entre sí. El auge de la técnica de la ponderación entró en escena con los avances del Estado constitucional y su reconocimiento de los derechos fundamentales (Alexy, 2003), normas que presentan una gran similitud en su estructura a los principios y no a las reglas.

Los subprincipios de la ponderación establecen pautas para llevar a cabo el proceso desde perspectivas tanto fácticas como jurídicas. Así, dentro de las fácticas, el subprincipio de idoneidad determina que se deben excluir medios

que, “como mínimo, perjudique[n] la realización de un principio sin favorecer al menos uno de los principios u objetivos a cuya consecución deben servir” (Alexy, 2010, p. 106). Esto quiere decir que *idoneidad* se refiere a evitar medios por acción u omisión que perjudiquen un principio en colisión, sin favorecer al menos uno de ellos en la consecución de su objetivo.

En igual sentido, el subprincipio de necesidad, dentro de las perspectivas fácticas, establece que de dos (2) medios que puedan en igual medida favorecer un principio se elige aquel que afecte menos al segundo principio o principio en colisión (Alexy, 2010). En otros términos, el subprincipio de necesidad opera solo en paridad, es decir, cuando sólo son dos los principios colisionados, los cuales deben estar precedidos por un medio que los afecte menos intensamente.

El subprincipio de ponderación en sentido estricto opera dentro de las perspectivas jurídicas. Son tres los elementos que lo conforman: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. El primer elemento sostiene que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2003).

En el elemento de la ley de la ponderación se hace un análisis de tres pasos. En el primero, se define el grado de satisfacción o afectación de uno de los principios; en el segundo, se define la importancia del principio contrario o afectado, y, en el tercero, se define si la importancia de la satisfacción del principio justifica la afectación del contrario. La afectación en los dos primeros pasos puede ser determinada mediante una escala¹⁰ de intensidad: leve, medio o intenso.

84 No obstante lo anterior, definir si la importancia de la satisfacción del principio justifica la afectación del contrario también es posible a través del “peso abstracto”. Este segundo camino predica que la importancia de un principio sobre otro podrá hallarse de manera abstracta de conformidad con la concepción de los valores predominantes en la sociedad.

Una tercera opción para definir si la importancia de la satisfacción del principio justifica la afectación del contrario también es posible a través la variable “S”. En resumen, esta opción predica que las apreciaciones empíricas sobre la afectación producida a cada principio en el caso concreto pueden

¹⁰ Alexy les otorga un valor numérico en la escala de intensidad así: para leve será 1, para medio, 2, y para intenso, 20.

establecer la relevancia de cada principio. Esta variable se conoce como de seguridad empírica.¹¹

Para completar el sistema de razonamiento de la técnica de la ponderación, Alexy presenta la fórmula del peso,¹² que se expresa de la siguiente manera:

$$GP_{i,jC} = \frac{IPiC * GPiA * SPiC}{WPjC * GPjA * SPjC}$$

El cálculo del peso de cada principio en colisión será el resultado del cociente entre el producto de la afectación del principio, multiplicado por su peso abstracto y por la premisa empírica. Cada uno de los elementos tendrá el valor asignado por el decisor (juez) conforme a su apreciación.

Finalmente, en el tercer elemento del subprincipio de ponderación en sentido estricto están las cargas de la argumentación. A este tercer elemento puede reconocérsele un carácter auxiliar, toda vez que entra en operación sólo cuando los valores de la fórmula del peso resultan idénticos. No obstante, parece que este tercer elemento únicamente se avizora cuando existe colisión entre la libertad o la igualdad jurídicas y cualquier otro principio diferente a estos.

Las cargas de la argumentación sirven de parametro para intentar establecer la magnitud del principio. La comparación del principio que colisiona con la libertad o la igualdad jurídicas busca ayudar al decisor judicial (juez) para hacerse una idea *a priori* del lugar o valor que se le debe conceder, sin dejar de lado el alto contenido subjetivo.

En el caso colombiano, por ejemplo, con referencia a la Sentencia T-479 de 2015, debería corresponder al Congreso de la República decidir sobre el hecho de que en todas las cárceles se pueda o no fumar, pero no corresponde a los

11 Alexy les otorga un valor: cuando sea seguro, su valor será 1, cuando sea plausible, será ½, y no evidentemente falso, ¼.

12 Es menester precisar cada uno de los símbolos utilizados por Alexy para comprender su fórmula del peso:

IPiC = Grado de afectación o no satisfacción del primer principio en el caso concreto.

WPjC = Importancia de satisfacción del segundo principio en el caso concreto.

GPiA = Peso abstracto del primer principio.

GPjA = Peso abstracto del segundo principio.

SPiC = Apreciaciones empíricas relativas a la afectación del primer principio.

SPjC = Apreciaciones empíricas relativas a la afectación del segundo principio.

GPi,jC = Peso concreto y abstracto del primer principio

jueces, dado que ello impacta en las concepciones éticas, morales y económicas, que se deben decidir democráticamente.

De manera concreta, se puede decir que las críticas o reflexiones sobre la actividad judicial en el neoconstitucionalismo se enmarcan así: 1) la identificación de principios no expresos, 2) la inferencia o aplicación de principios a partir de las disposiciones legales, 3) la aplicación de los principios a un caso concreto, 4) la interpretación de las disposiciones legales a luz de los principios y 5) la jerarquización jurisprudencial de los principios.

En el caso de la identificación de principios no expresos, los jueces recurren al llamado “espíritu de la ley”. Con esta pretensión, logran integrar a su discurso los principios cuya función, en la mayoría de las veces, es moldear la interpretación de una disposición normativa a las intenciones del juez. En este ejercicio, el juez justifica su actividad identificadora de principios no con su valoración personal, sino más bien con la identificación axiológica del ordenamiento, de modo que por sí mismo estaría justificado el reconocimiento de los principios.

Por su parte, en la inferencia o aplicación de principios a partir de las disposiciones legales, los jueces recurren a la lógica para establecer una conclusión. El caso más claro son los enunciados constitucionales sobre derechos fundamentales, que, recordemos, se estipulan como principios carentes de supuesto de hecho o de hecho abierto sin prever consecuencia jurídica taxativa; estos permiten utilizar recursos como el *modus ponens*, *modus tollens*, argumento hipotético, entre otros (Damborenea, 2012). Un ejemplo clásico es el utilizado con el derecho fundamental a la igualdad, que en el caso colombiano se encuentra previsto en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991. Dicho artículo señala que:

86

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 13)

La primera premisa que se puede inferir de la lectura es: A) el trato diferenciado de las autoridades frente a las personas sin razones objetivas es inconstitucional. La segunda premisa que se puede inferir de la lectura es: B) las autoridades tratan diferente dos situaciones objetivamente iguales entre personas. La conclusión: C) el trato diferenciado de las autoridades ante dos situaciones objetivamente iguales entre personas es inconstitucional.

En este ejercicio intelectual, el juez aplica un principio a través de un razonamiento lógico con la inserción de una premisa fáctica que él discrecionalmente identifica. Esta premisa es la B), que afirma o constata la existencia de dos situaciones objetivamente iguales entre personas que son tratadas de modo diverso por una autoridad. De aquí se sigue que no necesariamente el juez logra identificar a plenitud si las situaciones son objetivamente iguales, lo que deja un amplio margen para la subjetividad.

Ahora bien, la aplicación de los principios a un caso concreto se da cuando las disposiciones normativas tienen lagunas que, en todo caso, no son susceptibles de ser resueltas a través de criterios tales como: ley superior deroga ley inferior, ley posterior deroga ley anterior, ley especial prevalece sobre ley general, etc.¹³ En este caso, el juez selecciona y aplica un principio a partir de una actividad argumentativa, valiéndose en muchas ocasiones de recursos lógicos o formales. El punto crítico se encuentra en el margen de subjetividad que utiliza el juez y, ocasionalmente, en la ductilidad propia de su discurso.

Entre tanto, la interpretación de las disposiciones legales a la luz de los principios es utilizada por el juez para distanciarse de la literalidad normativa. Este recurso permite al juez sostener que una disposición normativa es constitucional si y solo si se interpreta conforme a un principio particular, que podrá ser expreso o implícito del texto constitucional. En consecuencia, cualquier otra interpretación de la norma estudiada en sede constitucional será contraria a la Constitución.

De la misma manera, la interpretación de las disposiciones legales a la luz de los principios es utilizada por el juez para inhibirse de aplicar una disposición normativa por presunta inconstitucionalidad.¹⁴ Basta que el juez ofrezca argumentos por los cuales infiere la inconstitucionalidad de una norma para sustraer su aplicación.

Aunado a lo anterior, la jerarquización jurisprudencial de los principios se origina en el seno de la actividad judicial. En este caso, la jurisprudencia constitucional tasa el valor de un principio en un caso o unos casos en particular, de manera que, si existe o no norma expresa que regule el problema jurídico presentado, la resolución del problema queda sujeta al precedente. Lo que

13 *Lex superior derogat inferiori, lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali.*

14 En Colombia existe la “excepción de inconstitucionalidad”, que habilita al juez para que inaplique una disposición legal cuando observe que riñe con los postulados constitucionales.

ataca un sector de la academia, por ejemplo el profesor Guastini o Javier Tamayo Jaramillo (2006), es el hecho de la legitimidad de la fuente, es decir, el fundamento en una disposición constitucional que lo respalde.

A pesar de estas críticas, es importante dar cuenta del impacto que tienen frente a la seguridad jurídica. Un concepto que puede adquirir variadas acepciones; unas veces utilizado como valor o principio jurídico o derecho fundamental, otras, como certeza jurídica o garantía del orden jurídico (Orozco Torres, 2011). Aunque resulta interesante intentar definir el concepto de *seguridad jurídica*, lo cierto es que, para los efectos que se propone este trabajo, lo utilizaré como la certeza que se tiene frente al acaecimiento de un supuesto de hecho previsto en el ordenamiento legal, con su correspondiente consecuente jurídico.

La certeza frente a la ocurrencia de unos hechos previstos en la ley permite generar confianza legítima. Esta confianza implica que, frente a la lesión de un bien jurídicamente protegido, el derecho dispone de mecanismos para su protección o para el restablecimiento de las condiciones que generan un desequilibrio. Por el contrario, cuando el derecho es “frágil y cambiante, es muy difícil que sus destinatarios estén seguros acerca de sus derechos y deberes” (Vigo, 1998), lo que causa desconfianza en la ley, los jueces y las relaciones interpersonales que se dan en sociedad.

No se debe desconocer la interacción de los principios en el derecho para mantener la seguridad jurídica. Los principios materializan una dimensión del derecho que humanamente se le atribuye: alcanzar la justicia. El problema quizás está en la manera en que los jueces le otorgan participación a los principios para sustentar sus decisiones.

En casos como la Sentencia T-479 de 2015 de la Corte Constitucional colombiana, el alto tribunal constitucional buscó modificar una situación en virtud de principios como la igualdad y los derechos fundamentales, en especial el libre desarrollo de la personalidad. Esto generó un impacto frente a las concepciones del bien y de la vida buena: es legítimamente bueno el consumo de cigarrillo en centros penitenciarios, siempre que el individuo lo consienta, pese a que dicha decisión atente contra su propio bienestar y el medioambiente sano.

Este ambiente saludable debería prevalecer en entornos comunitarios como las cárceles, o, por lo menos, este es un ideal razonable que debe estar sometido a la discusión y decisión democrática. Sin embargo, la sustitución de este tipo de decisiones se sustrae por causa del neoconstitucionalismo, que tiene como baluarte el activismo judicial.

En contraste con las respuestas liberales que prohija el neoconstitucionalismo, en el asunto estudiado en la Sentencia T-479 de 2015 de la Corte Constitucional colombiana, el *perfeccionismo* brinda otro panorama. El perfeccionismo se entiende como una teoría ética y política. Como ética afirma que naturalmente existen unas características humanas distintivas que deben desarrollarse para aspirar a una vida buena (Hurka, 1993). Como teoría política, establece que el Estado debe tener entre sus objetivos la formación moral de las personas y que “es una misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal” (Nino, 1989, p. 413).

El perfeccionismo no aboga por el relativismo ético ni el relativismo de los valores para que el Estado promueva los bienes que sus ciudadanos hayan elegido racionalmente como parte de su ideal de vida buena. Es preciso en este punto aclarar que para el perfeccionismo es importante una distinción entre la concepción del bien que se elige libremente y la buena concepción del bien, ambos en relación con lo que designa una vida buena. En la concepción adoptada libremente se está garantizando una neutralidad en el procedimiento del Estado, sin importar las consecuencias de la elección, y, por lo tanto, es legítima cualquier decisión en cuanto solo interese al individuo. En la segunda concepción, se reconocen las virtudes de la elección y, consecuentemente, el lugar que ocupa las decisiones personales en la dimensión social. Así, cuando el estado promueve un determinado bien, por ejemplo un valor como la responsabilidad, no lo hace desde el plano meramente abstracto, sino que recurre a las condiciones que la hacen posible en el escenario de la realidad o en un asunto en concreto y perceptible.

De esta manera, el relativismo sólo puede ser consistente en abstracto, ya que las bases de sus argumentos no descansan en premisas legítimas de un contexto donde se evalúen las condiciones de lo que es mejor y posible. En palabras de Da Silveira (1998), “el perfeccionismo modesto niega que la exigencia de permanecer insensible a los juicios sobre el valor intrínseco de las personas y de sus concepciones del bien obliguen al Estado a permanecer insensible a todo juicio de valor” (p. 121). Esto se debe a que existe una forma de analizar racionalmente el contexto de la situación y de la valoración de los bienes promovidos.

Desde una perspectiva perfeccionista, el caso de la Sentencia T-479 de 2015 de la Corte Constitucional colombiana se atendería prevaleciendo los bienes que acrecientan el bienestar individual y colectivo. Es muy probable que la respuesta de un juez constitucional perfeccionista tome una dirección encaminada a

controlar y evitar el consumo de cigarrillo en un centro carcelario que tiene entre sus propósitos la resocialización del individuo.

Las razones del perfeccionismo en el caso jurisprudencial mencionado tienen una fuerte relación con el sentido que le asigna a la democracia. Para el perfeccionismo, la democracia sólo es posible cuando los individuos gozan de entornos que permitan potenciar las capacidades humanas: la creatividad, la disciplina, la rectitud, etc. No obstante, también el perfeccionismo permitiría que la decisión de fumar en centros penitenciarios sea un asunto de interés público donde la decisión sea del Congreso, como órgano de representación ciudadana y política por excelencia.

Hasta aquí, podría esbozarse a grandes rasgos la respuesta perfeccionista frente al problema jurídico del consumo de cigarrillo en centros carcelarios. Un análisis más a fondo sobre las razones que sustentarían la posición perfeccionista amerita una rigurosidad que excede los límites del presente trabajo.

También es importante señalar que una de las deficiencias de los jueces constitucionales colombianos al inscribirse en el modelo neoconstitucional — que, aparentemente, propugna el reconocimiento y la defensa de los intereses individuales de los ciudadanos, propio de la concepción liberal clásica— es que esto no permite alcanzar, o por lo menos intentar alcanzar, los ideales de ciudadanía presentes en la Constitución.

Es necesario decir sobre el anterior aspecto que el liberalismo clásico como teoría política y filosófica presenta una serie de planteamientos acerca de la función y límites del Estado (Estado limitado), el valor de la autonomía (principio de la autonomía) y la imparcialidad frente a ideales del bien (neutralidad). El liberalismo como teoría política establece poderes y funciones limitadas (Bobbio, 1993, p. 7); reconoce, respeta y protege unos derechos en el individuo elevados a la categoría de fundamentales por su alcance y su disfrute para todas las personas sin discriminación alguna. El liberalismo clásico como doctrina filosófica está llamado a realizar una defensa de la seguridad de los goces privados frente a cualquier interferencia que el Estado pudiera ejercer sobre el individuo, ya que considera que existen esferas que escapan a la regulación o poder estatal, al ser el individuo el único interesado y afectado por sus propias decisiones.

El planteamiento del liberalismo clásico sobre el principio de la autonomía es el que refuerza su postura filosófica. Josep M. Vilajosana (2008) sostiene que “el principio de autonomía establece que el Estado no debe interferir en la elección individual de planes de vida de una persona”, porque básicamente se

salvuarda un principio estructural del liberalismo. La autonomía es, entonces, para el liberalismo intrínsecamente valiosa porque reconoce la capacidad de los individuos de darse sus propias normas de comportamiento y de la fijación de condiciones sobre lo que es su concepción el bien.

Por su parte, el planteamiento del liberalismo clásico sobre la imparcialidad (neutralidad) hace referencia a la imposibilidad que tiene el Estado de intervenir en la promoción y protección de un estilo de vida, en particular con el argumento de que es mejor o superior a otro. Jesús Casquette (2001, p. 59), por ejemplo, sostiene que “una de las consecuencias que se derivan del respeto al principio de autodeterminación individual es la recomendación, imperativo incluso, de la neutralidad estatal”. Así deja entrever el liberalismo clásico un respeto real y serio por las decisiones netamente individuales, las cuales, desde lo público, estarían desprovistas de un valor consecuente; es decir, respetables aunque se tornen vacías.

Estos planteamientos del liberalismo clásico son los que se observan en políticas públicas como las del consumo de cigarrillo en establecimientos carcelarios y penitenciarios en Colombia. En primer orden, porque rescatan el respeto por la esfera individual. En segundo, porque reconocen como autónoma la decisión de consumo y, finalmente, porque el Estado no aduce encontrar motivos para legitimar su interferencia en una decisión personal.

Conclusión

El nuevo constitucionalismo permitió a la Corte Constitucional fundamentar la actual interpretación y definición sustancial del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el caso de la Sentencia T-479 de 2015. Como consecuencia de esta definición, se planteó una política pública liberal clásica que no da cuenta de los compromisos morales entre el Estado y sus ciudadanos. La presencia neoconstitucionalista se observa en la prevalencia argumentativa que adquieren los principios constitucionales para fundamentar la decisión. Esta argumentación principialista permitió a la Corte limitar la interferencia estatal en las decisiones personales de un grupo o sector de la sociedad, y así hacer prevalecer el principio de neutralidad del liberalismo clásico.

Como consecuencia de la interpretación principialista de la Corte, la definición sustantiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad quedó desprovista de una teleología que corresponda con otros valores y otros principios constitucionales que adoptó el Estado colombiano en su Constitución Política

de 1991. De aquí que la interferencia estatal se justifique en casos puntuales como el estudiado en la Sentencia T-479 de 2015, para adscribir una definición sustantiva al derecho al libre desarrollo de la personalidad que sea razonable y plausible a la luz de un debate público y deliberativo propio de una democracia.

En una democracia deliberativa, basada en un modelo constitucional, la teoría perfeccionista se erige como una visión crítica frente a la indeterminación de contenidos de un derecho y frente a una teleología de la razón. Principalmente, el perfeccionismo no considera apropiado el relativismo valorativo para que el Estado encuentre inmutable el curso de acción que han elegido sus ciudadanos. El Estado cumple una función en el desarrollo de la democracia, la cual sólo es posible ante la provisión de entornos moralmente valiosos que son posibles mediante la interferencia estatal.

Por otro lado, el neoconstitucionalismo ha auspiciado una amplia facultad interpretativa que redefine el derecho. Sin embargo, la ausencia de límites en esta facultad la hacen objeto de críticas por no corresponder con los compromisos morales que pretende reconocer en la Constitución y en su modelo político.

Referencias

- Aldunate Lizana, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho*, 13(1), 79-102.
- Alexy, R. (2003). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón Valdés, Trad.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2010). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (Coords.), *El canon neoconstitucional* (pp. 106-116). Trotta.
- Bobbio, N. (1993). *Liberalismo y Democracia*. FCE.
- Casquette, J. (2001). Liberalismo, cultura y neutralidad estatal: El Estado y la buena vida. *Signos filosóficos*, (6), 59-83.
- Comanducci, P. (2002). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, (16), 100.
- Congreso de la República de Colombia. (2009, 21 de julio). Ley 1335. Por la cual se establecen disposiciones que 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. *Diario Oficial* 52.418. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36878>
- Constitución Política de Colombia. (1991). <http://www.secretariassenado.gov.co/constitucion-politica>
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (1 de marzo de 2011). Sentencia C-122 [M. P. Henao, J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-122-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (4 de agosto de 2015). Sentencia T-479 [M. P. Rojas, A.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2015/T-479-15.htm>
- Da Silveira, P. (1998). Neutralidad del Estado y respeto del pluralismo. Una defensa del perfeccionismo modesto. *La Política*, (4), 117-136.
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Ariel.
- García Damborenea, R. (2012). *Uso de razón. El arte de razonar, persuadir, refutar*. Ediciones Uso de Razón.
- García Jaramillo, L. (2015). *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento*. UNAM.
- Guastini, R. (1999). Principios de derecho y discrecionalidad judicial. *Jueces para la democracia*, (34), 39-46. <https://www.researchgate.net/publication/28177179>
- Guastini, R. (2015). La interpretación de la Constitución. En J. Fabra y A. Núñez (Coords.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (pp. 2011-2086). UNAM.
- Guastini, R. (2016). A propósito del neoconstitucionalismo. *Gaceta Constitucional*, (67), 231-240. https://www.academia.edu/10261577/A_prop%C3%B3sito_del_neoconstitucionalismo_Riccardo_Guastini
- Hurka, T. (1993). *Perfectionism*. Oxford University Press.
- Mill, J. S. (1977). *Sobre la libertad*. Ediciones Aguilar.

- Ministerio de la Protección Social. (2006). Resolución 1956. Por la cual se adoptan medidas en relación con el consumo de cigarrillo o de tabaco. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minproteccion_1956_2008.htm
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos*. Ariel.
- Orozco Torres, L. E. (2011). Seguridad Jurídica y Neoconstitucionalismo. *Heurística Jurídica*, (2), 65-73.
- Solano, V. (2016). El neoconstitucionalismo. Una definición y una taxonomía latinoamericana. *Ius Humani*, 5, 161-172.
- Tamayo Jaramillo, J. (2006). El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho. *Revista Facultad De Derecho y Ciencias Políticas*, 36(105), 361-397.
- Vigo, R. L. (1998). Aproximaciones a la seguridad jurídica. *Revista Derechos y Libertades*, 3(6), 495-516.
- Vilajosana, J. M. (2008). Moralización del derecho, perfeccionismo y sociedad liberal: el principio de autonomía de la persona. *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, (11), 145-179.