

REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XVIII - N° 1.056

Bogotá, D. C., martes 20 de octubre de 2009

EDICION DE 4 PAGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMON OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JESUS ALFONSO RODRIGUEZ CAMARGO
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

CAMARA DE REPRESENTANTES

PONENCIAS

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE – SEGUNDA VUELTA AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 285 DE 2009 CAMARA, 020 DE 2009 SENADO

*por el cual se reforma el artículo 49
de la Constitución Política de Colombia.*

Doctor

OSCAR ARBOLEDA PALACIO

Presidente

COMISION PRIMERA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE

Honorable Cámara de Representantes

Ciudad

Referencia: **Informe de ponencia para segundo debate – Segunda Vuelta al Proyecto de Acto Legislativo número 285 de 2009 Cámara, 020 de 2009 Senado.**

Señor Presidente y demás Miembros:

Prevía designación de la Presidencia de la honorable Comisión Primera Constitucional Permanente, nos permitimos presentar para su discusión el informe de ponencia del Proyecto de Acto Legislativo de la referencia, presentado por el doctor Fabio Valencia Cossio, Ministro del Interior y de Justicia y por el doctor Diego Palacio Betancourt, Ministro de la Protección Social.

El proyecto de Acto Legislativo ya tuvo su trámite correspondiente a la primera vuelta reglamentaria y en esta oportunidad presentamos la ponencia correspondiente al Segundo Debate de la Segunda Vuelta.

La reforma busca prohibir el porte y consumo de estupefacientes. Persigue la imposición de algunas medidas (pedagógicas, profilácticas y terapéuticas) y limitar el derecho de la libertad para los consumidores en instituciones adaptadas para la rehabilitación y la prevención, *“que no implicarán de suyo penas de reclusión en establecimiento carcelario”*.

El último inciso de la pretendida modificación establece *“una especial atención del Estado al enfermo dependiente o adicto y a su familia para que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten la salud de las personas y de la comunidad; y el desarrollo de campañas de prevención y recuperación”*.

Como sustento de la prohibición, se citan el Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Hogares de Colombia, del que se obtuvieron preocupantes resultados en materia de tráfico y consumo, y además, la necesidad de protección del derecho constitucional fundamental de la salud. Añaden que toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Precisan que deben distinguirse los traficantes y distribuidores de drogas, de los consumidores, sujetos de las medidas que se pretende implantar.

El informe de ponencia será negativo y se solicitará el archivo del proyecto de acto legislativo en mención, por los siguientes motivos:

ACERCA DEL DERECHO A LA SALUD

No existe un derecho fundamental que pretenda protegerse. Si bien se arguye que el bien jurídico tutelado es la salud pública como garantía de la prevalencia del bien común y del interés general, es claro que con el consumo de drogas no se afecta dicho bien sino que a lo sumo se atenta contra la salud individual. Esto no quiere decir que la drogadicción no pueda ser asumida como un problema de salud pública, pero si se percibe desde esta perspectiva no se autoriza por este motivo la prohibición del consumo, así como bajo ningún modo se ha pretendido prohibir el consumo del alcohol y del tabaco, cuyo consumo también constituye un problema de salud pública que genera consecuencias nefastas al interior de la familia y en la sociedad; y menos aún, se ha pretendido imponer a sus consumidores medidas para rehabilitarse.

Lo que sí se puede hacer es regular las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que el consumo de drogas no sea tolerado¹, tal y como se ha venido haciendo con el consumo de bebidas alcohólicas y cigarrillos. De igual manera, el Estado puede y debe adelantar fuertes y agresivas campañas pedagógicas destinadas a prevenir el consumo de sustancias psicotrópicas, las cuales –al menos en la exposición de motivos no se ilustra al respecto- no han sido ejecutadas en la forma como es deseable², sin que eso implique reforma alguna al texto Constitucional.

Lo que no se puede hacer es -so pretexto de garantizar el derecho a la salud- socavar las libertades individuales y los derechos reconocidos por la Carta a quienes han tomado la determinación de consumir drogas, en la llamada dosis personal, de la misma manera como a nadie se le ocurre forzar al alcohólico, al adicto al juego o a quien sufre cualquier otra clase de compulsión recluirlo contra su voluntad para que sea rehabilitado.

Además, existe una cuestión adicional que merece ser discutida en su momento: ¿podrían el derecho a la autonomía personal, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, derechos fundamentales, resultar cercenados en su alcance con el establecimiento de una prohibición que se refiere al derecho a la salud, que hace parte de los derechos económicos, sociales y culturales y que solamente adquiere el carácter de fundamental cuando entra en conexidad con uno que sí lo ostenta?

RESPECTO DEL DERECHO A LA AUTONOMÍA PERSONAL, A LA DIGNIDAD HUMANA Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Mediante la Sentencia C-221 de 1994, la Corte Constitucional despenalizó el consumo de la dosis personal al declarar inexequibles los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986, por considerar que el comportamiento que no trasciende de la órbita del consumidor está vedado para el ordenamiento jurídico porque hace parte de la libre determinación, dignidad y autonomía de la persona, y precisó que sí puede ser reprochable el consumo cuando se afectan la libertad y los derechos ajenos.

Entonces, el establecimiento de las medidas que buscan que sus destinatarios –adictos, dependientes o consumidores- se internen en sitios destinados a la rehabilitación –como lo pretende el proyecto aludido- no resulta compatible con los principios enunciados en precedencia. Además, el aumento del consumo³ no puede ser excusa para que se restrinjan sin que exista afectación concreta de derechos ajenos.

La aludida sentencia puso de presente que gracias a la autonomía que reconoce el Estado colombiano, la salud, su recuperación o consentimiento propio e individual para su quebrantamiento quedan reservados a su titular y que “[D]ecidir por ella es arrebatárle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen”.

De acuerdo con esa orientación, es imperioso que se actúe de conformidad con estos postulados y que se respete la autonomía de aquellos que libremente han decidido consumir estupefacientes, sujetos que en manera alguna pueden ser obligados, de una parte, a no consumir, y de otra –más grave-, a recibir un tratamiento impartido por instituciones del Estado. Tal conducta significaría imponer una medida equivalente a las denominadas medidas de seguridad de los inimputables, pero con la salvedad de que sería para imputables y sin que exista legalidad de la pena, pues resultaría casi imposible determinar el tiempo de “limitación de la libertad” de los adictos.

Los artículos 114 y 150 de la Constitución de 1991 establecen la cláusula general de competencia legislativa que incluye la facultad del Congreso de legislar sobre cuestiones penales y penitenciarias, con la potestad de crear delitos, contravenciones y sus respectivas consecuencias. Sin embargo, lo que no se puede es soslayar su naturaleza y atribuir a una conducta no constitutiva de un delito, una consecuencia jurídica equiparable a una pena privativa de la libertad.

De otra parte, en el proyecto no es clara la naturaleza jurídica del consumo, pues, aunque no es un delito ni es una contravención, se le atribuye una consecuencia equiparable a la de un delito, porque comporta la posibilidad de restringir el derecho a la libertad.

¿Qué ocurriría con el sujeto renuente a someterse a las medidas? Si se considera que son voluntarios, no tendría ningún sentido tal prohibición; y si se adujera que sería obligado a permanecer en las instalaciones del centro determinado, estaríamos en el escenario inicialmente descrito (medida de seguridad para imputables ilegal), en abierto desconocimiento del principio de legalidad de los delitos y de las penas, porque se sancionaría por algo que no tiene carácter delictual a alguien que no hizo cosa distinta a causarse un daño a sí mismo.

A ese respecto, en la citada sentencia la Corte Constitucional destacó: “*Que una persona que no ha cometido ninguna infracción penal –como lo establece el mismo artículo- sea obligada a recibir tratamiento médico contra una “enfermedad” de la que no quiere curarse, es abiertamente atentatorio de la libertad y de la autonomía consagradas en el artículo 16, como “libre desarrollo de la personalidad”. Resulta pertinente, en este punto, remitir a las consideraciones hechas atrás acerca del internamiento en establecimiento psiquiátrico o similar; considerado, bien bajo la perspectiva del tratamiento médico, bien bajo la perspectiva de la pena. Si se adopta la primera, la norma resulta inconstitucional por violentar la voluntad del destinatario mediante la subrogación de su capacidad de decidir; por la decisión del juez o del médico. Cada quien es libre de elegir (dentro de nuestro ordenamiento) qué enfermedades se trata y si es o no el caso de recuperar la “salud”, tal como se concibe de acuerdo con el criterio oficial. Si se adopta la segunda, la evidencia*

¹ La Ley 745 de 2002 convierte en contravención el porte y consumo de la dosis mínima de alucinógenos, cuando el consumo se realiza en presencia de menores de edad o con riesgo grave para la unidad y el sosiego de la familia, y cuando el consumo o porte se realiza en establecimientos educativos o en lugares aledaños a los mismos o en el domicilio de menores.

² Al contrario de lo que ocurre con las campañas relacionadas con el alcohol y el tabaco, pues el enfoque de ellas está en el consumo responsable.

³ Resultado que parece atribuirse de modo apriorístico a la despenalización del consumo y porte de dosis personal, sin que se considere la incidencia en él a la falta de claras y contundentes medidas de prevención.

de inconstitucionalidad es aún mayor, pues no sólo es inconcebible sino monstruoso y contrario a los más elementales principios de un derecho civilizado, que a una persona se le sancione sin haber infringido norma alguna, o se le compela a recibir un tratamiento médico que no desea”.

En otros argumentos que recobran toda su vigencia y fuerza frente al objeto del proyecto, en la misma sentencia la Corte Constitucional consideró que la manera de combatir el consumo de drogas es la educación, derecho que constituye, además, una obligación ineludible del Estado, que no puede sustituir por la represión.

Por lo tanto, el fin de la reforma es un tema que se debe dejar, en primer lugar, a la autorregulación individual; en segundo término, a la censura social hacia el consumo y, en tercero, a la intervención del Estado, entendida esta en el ejercicio de su rol como agente educador e informador y sólo en caso extremo, como agente punitivo, únicamente cuando se hayan afectado intereses de la comunidad, para lo cual, como se vio, ya existen en el ordenamiento jurídico, sin que hubiese habido necesidad de reforma constitucional alguna, las normas que sancionan el porte y consumo de dosis personal que se considera intolerable.

ARMONIA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

La Constitución Política no puede verse como un conjunto de disposiciones incongruentes. Por lo tanto, todas las modificaciones que se pretendan introducir deben estar inspiradas en un sistema armónico de normas constitucionales.

En la Revista *Cultura y Droga*, Año 7. No. 8. Manizales, Colombia. Enero- Diciembre 2002, se aborda el problema de la penalización de ciertas drogas en un estado social de derecho; especialmente se plantean las dificultades sociales del fenómeno para el abordaje jurídico, frente a la aparente contradicción entre la legalización de su consumo y la penalización de su producción y comercialización. De manera especial se plantean la discusión jurídica y política de la penalización de las drogas relacionada con la democracia y los derechos individuales, la importancia de un estado de derecho y las garantías de la libertad de los ciudadanos.

Respecto del Estado Social de Derecho establecido por la Constitución de 1991, en el referido documento se señaló que:

“...lo que se pretende con la penalización de la dosis personal es coaccionar a los individuos para que adecuen su conducta a un determinado patrón establecido por el Estado, lo cual resulta abiertamente contrario a la idea de libertad individual que alumbra la Carta del 91, tal como veremos más adelante”.

“Es necesario advertir en primer lugar que, contrario a lo que desprevenidamente suele creerse, el Estado Social de Derecho se funda en el concepto de libertad. El Estado Social no niega los principios del estado liberal, sino que los supera mediante la consagración de formas de intervención estatal encaminadas a garantizar la efectividad de los derechos liberales por excelencia o según otra acepción del término, los derechos de libertad negativa. El paternalismo es despótico no porque sea más opresivo que la tiranía sino porque es un insulto a la

concepción del ser humano como ser facultado para realizar su propia vida de acuerdo a sus fines, no necesariamente racionales. La concepción del Estado por el Constituyente del 91, con el reconocimiento y protección de unos derechos fundamentales, asegura al individuo un ámbito dentro del cual él puede decidir sobre sus acciones; se busca garantizar que el individuo pueda hacer uso pleno de su conocimiento y de su capacidad de discernir”.

“En la sentencia de la Corte que despenaliza la dosis personal se desarrolla la idea de que todas las formas de forzar a los seres humanos por medio de la norma, todo control de pensamiento y todo condicionamiento implican una negación de lo que constituye a los hombres como tales y a sus valores como esenciales. Este fallo sentó un precedente sobre el alcance de la libertad del individuo en un Estado Social de Derecho y materializó las concepciones filosóficas más profundas sobre libertad que se vienen gestando desde antes de la Revolución Francesa”.

Según esa perspectiva, la prohibición del porte de dosis personal y consumo de estupefacientes cercena el contenido atribuible en un Estado Social de Derecho a los derechos consagrados en la Carta Constitucional, tales como el derecho a la autonomía personal, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, de manera que resultan quebrantados con la modificación a la que alude el Proyecto de Acto Legislativo número 285 de 2009/ 020 de 2009 Senado.

En consecuencia, es menester desarrollar políticas que prevengan y ataquen el consumo de estupefacientes sin que se incurra en la incongruencia de disposiciones constitucionales como la señalada, para lo cual, no es menester introducir una enmienda a la Carta Política.

EFICACIA DE LA REFORMA QUE SE PRETENDE IMPLANTAR

Acaba de aparecer el reporte 2008 de la Unión Europea (UE) sobre el tema, realizado por el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT). Se trata de un documento basado en cifras actualizadas (hasta 2006), aportadas por los países miembros y por otros que comparten la misma región. El estudio busca esclarecer lo que ocurre en ese continente en relación con el consumo de estas sustancias.

El informe pone énfasis en la necesidad de abordar el problema de las drogas con bases racionales, pues en los países en los que las políticas carecen de una base científica sólida se llegan a poner en marcha acciones que resultan contraproducentes. Si bien la marihuana sigue siendo la principal droga que se consume en el mundo, en Europa observa tendencia a la caída. La cocaína, por su parte, está en aumento, mientras, con excepción de algunas naciones como Eslovaquia y la República Checa, el éxtasis y las metanfetaminas se mantienen estables o muestran tendencia al descenso. Con las naturales diferencias entre países, el consumo de opiáceos, en particular la heroína, se mantiene sin variaciones.

De la comparación entre lo que ocurre en las naciones de Europa donde el consumo de drogas está prohibido y de los países en los que está legalizado, España se sorprendió con la noticia de que es la nación con mayor consumo de drogas en ese continente. De acuerdo con el documento, el consumo de dro-

gas en personas entre 16 y 64 años es ahí de 8.5 por 10 mil habitantes. Si se examina el mismo dato para el caso de Holanda, nación en la que el consumo está permitido, es apenas de 3.0 por 10 mil habitantes.

Con este enfoque comparativo puede observarse que en el caso de Europa los principales problemas de adicción se presentan en países en los que el consumo de drogas está penalizado.

En México se han hecho recientemente otras afirmaciones que también carecen de sustento, como que el consumo de marihuana es la vía para ingresar a las adicciones de drogas más peligrosas. De acuerdo con el reporte que se comenta, en España la adicción a drogas inyectables representa 3.12 por 10 mil habitantes; en naciones donde también se prohíbe el consumo llega a ser de 8.34, como en Italia; mientras en Holanda, donde está permitido, es apenas de 0.2 por 10 mil habitantes. Incluso, el número de adictos a opiáceos en ciudades tan permisivas en el consumo de marihuana, como Amsterdam, se ha reducido entre 1998 y 2005 en más de 50 por ciento.

COLOMBIA:

La Comisión Latinoamericana sobre drogas y democracia del cual hacen parte tres personalidades de Colombia, entre ellos el ex presidente colombiano César Gaviria Trujillo, en su calidad de Presidente de la Comisión, presentó sus conclusiones⁴ en Río de Janeiro el día 11 de febrero del presente año, del cual se extractan las siguientes precisiones que se hacen de la mayor importancia para este tema:

“Las políticas prohibicionistas basadas en la represión de la producción y de interdicción al tráfico y a la distribución, así como la criminalización del consumo, no han producido los resultados esperados. Estamos más lejos que nunca del objetivo programado de erradicación de las drogas”.

“Colombia es un claro ejemplo de las limitaciones de la política represiva promovida globalmente por Estados Unidos. Durante décadas, este país ha adoptado todas las medidas de combate imaginables, en un esfuerzo descomunal, cuyos beneficios no se corresponden con los enormes gastos y costos humanos. A pesar de los significativos éxitos de Colombia en su lucha contra los carteles de la droga y la disminución de los índices de violencias y delitos, han vuelto a aumentar las áreas de siembra de cultivos ilícitos y el flujo de drogas desde Colombia y el área Andina”.

“Un nuevo paradigma para enfrentar el problema de las drogas deberá estar menos centrado en acciones penales y ser más incluyente en el plano de la sociedad y la cultura. Las nuevas políticas deben basarse en estudios científicos y no en principios ideológicos. En ese esfuerzo se debe involucrar no solo a los gobiernos sino al conjunto de la sociedad”.

RECIENTE FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Los planteamientos que hemos realizado, se validan con el reciente Fallo de Casación dentro del

Proceso número 31531 emitido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por hechos relacionados con un operativo de la Policía Nacional en la que fue detenido un hombre con 1.3 gramos de cocaína.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sentenció que “llevar consigo” dosis personal o de aprovisionamiento de sustancias estupefacientes no es penalizable.

Señaló la Corte que el consumo de dosis mínima o autoconsumo se constituye en un comportamiento autodestructivo o de autolesión el cual incumbe los ámbitos exclusivos de la libertad de esa persona, es decir, a un fenómeno singular carente de antijuridicidad material (ausencia de lesividad) y que, por ende, no es punible.

Indica la providencia “que el consumo de marihuana y sustancias estupefacientes genera en la persona problemas de adicción y esclavitud que lo convierten en un enfermo compulsivo (en variedad de intensidades) merecedor de recibir tratamientos médicos terapéuticos antes que un castigo, pena o reducción a un establecimiento carcelario”.

“No le incumbe al derecho penal este tipo de casos pues se trata de un comportamiento que corresponde al exclusivo ámbito de su libertad, efecto con el que se hace realidad el principio de intervención mínima”, señala la sentencia.

En el caso concreto dice la Corte “En el ejercicio de sus personales e íntimos derechos el acusado no afectó lo ajeno, no produjo daño ni peligro de menoscabo al bien jurídico de la Salud Pública, es dable concluir que el comportamiento hecho no va en contravía de la ley, en consecuencia no puede ser objeto de ninguna sanción porque al no presentarse la categoría jurídica de la antijuridicidad, es imposible predicar la configuración de la conducta punible”.

En suma, la prohibición del consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, independientemente de la consecuencia que se le atribuya, sea la imposición de una pena o una medida de protección coactiva, no implica, según la experiencia reseñada, una disminución en el consumo. Entonces, las preocupantes estadísticas arrojadas por el estudio citado como fundamento de la reforma, no resultarían necesariamente disminuidas por la referida prohibición.

Por los argumentos descritos en precedencia se rinde ponencia negativa y, en consecuencia, nos permitimos presentar la siguiente:

Proposición

Solicitamos a los Miembros de la honorable Cámara de Representantes en la sesión Plenaria archivar el **Proyecto de Acto Legislativo número 285 de 2009 Cámara, 020 de 2009 Senado, por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia** por las razones expuestas en la presente ponencia.

Los Representantes a la Cámara,

River Franklin Legro Segura, Jaime Enrique Durán Barrera.

⁴ Revista Debates – Universidad de Antioquia No.52 – Enero-Abril 2009, páginas 8 a 16.