



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° 1.187

Bogotá, D. C., viernes 20 de noviembre de 2009

EDICION DE 4 PAGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

PONENCIAS

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE, SEGUNDA VUELTA, AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 20 DE 2009 SENADO, 285 DE 2009 CAMARA

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

Bogotá, D. C., noviembre 20 de 2009

Doctor

SAMUEL ARRIETA BUELVAS

Presidente

Comisión Primera Constitucional Permanente

Senado de la República

Respetado Señor Presidente:

En cumplimiento a la Ley 5ª de 1992, y por encargo que me hiciera la Mesa Directiva de la Comisión Primera de esta Cámara, paso a rendir ponencia para primer debate, segunda vuelta, al Proyecto de Acto Legislativo número 20 de 2009 Senado, 285 de 2009 Cámara, *por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política*, en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

En uso de la iniciativa gubernamental de reforma constitucional señalada en el artículo 375 de la Constitución Política, el señor Ministro del Interior y Justicia, doctor Fabio Valencia Cossio, y el señor Ministro de la Protección Social, Diego Palacio Betancourt, radicaron el proyecto de Acto Legislativo número 20 de 2009 Cámara.

La presidencia de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes designó a los honorables Representantes Nicolás Uribe Rueda, Rosmery Martínez Rosales y Juan de Jesús Córdoba quienes presentaron ponencia afirmativa al proyecto de acto legislativo de la referencia. Por su parte, el honorable Representante Jaime Durán Barrera propuso su archivo.

La Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, en sesión celebrada el 28 de abril de 2009, acogió la ponencia mayoritaria

ria y en tal sentido aprobó en primer debate el proyecto de la referencia.

La Plenaria de la Cámara de Representantes aprobó en segundo debate, primera vuelta, el Proyecto de Acto Legislativo número 285 de 2009 Cámara.

La Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República aprobó en primer debate el proyecto de la referencia, con las modificaciones planteadas por el honorable Senador Héctor Helí Rojas Jiménez consistentes en que las sanciones terapéuticas y profilácticas fueran de acogencia voluntaria por el adicto.

La Plenaria del Senado de la República en sesión celebrada el 17 de junio de 2009 ratificó el proyecto de la referencia tal como había sido aprobado por la Comisión Primera Constitucional de esa corporación legislativa.

Siendo divergentes los textos aprobados por las Cámaras, fue integrada una Comisión de Conciliación conformada por los honorables Senadores Eduardo Enríquez Maya y Juan Carlos Vélez Uribe y los honorables Representantes Nicolás Uribe Rueda y Juan Córdoba, quienes sugirieron a las plenarias respectivas se acogiera la redacción propuesta por el Senado de la República, hecho que finalmente sucedió.

Para primer debate en segunda vuelta en la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes se presentaron diversas ponencias que proponían la aprobación o el archivo de esta iniciativa gubernamental, finalmente esta célula legislativa decidió continuar el trámite legislativo (Gaceta No. 1055 de 2009), situación que fue refrendada por la Plenaria de la Cámara de Representantes (*Gaceta del Congreso* número 1144 de 2009).

La Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente decidió convocar una Audiencia Pública para que quienes estuvieran interesados se pronunciaran acerca de las disposiciones del Proyecto de Acto Legislativo número 20 de 2009 Senado, 285 de 2009 Cámara, *por el cual se reforma*

el artículo 49 de la Constitución Política, rindieron opiniones las siguientes personas:

– Psicóloga Diana Lucía Celis, sustentó la trascendencia de esta iniciativa gubernamental de reforma constitucional en especial frente al hecho que el consumo de drogas psicoactivas va generando una tolerancia en el paciente y la necesidad de un mayor consumo lo que constituye un problema de salud pública. Anotó la necesidad de examinar el proyecto a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad en conjunción con la doctrina emanada de la Corte Constitucional.

– Alvaro Inciso, Presidente de la Fundación Luz, el doctor Alvaro Inciso, anunció que respaldaba el proyecto de acto legislativo siempre que no se criminalice al adicto.

II. OBJETO DEL PROYECTO

El proyecto tiene como objeto modificar el artículo 49 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas están prohibidos, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo, el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos”.

III. CONSIDERACIONES

III. A) INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO

La dignidad humana como principio esencial de nuestra Carta Política

El Estado colombiano se definió a sí mismo como Estado Social de Derecho, fundado sobre el respeto

a la dignidad humana. Esta determinación del pacto constitucional consistente en que se definiera que la dignidad humana se convertía en la estructura básica sobre la que se edifica el andamiaje normativo del Estado, tiene importancia máxima en la creación y aplicación del Derecho.

Ello significa que en todos los estadios de creación jurídica inferiores al poder constituyente primario, habrá de tenerse en cuenta esta disposición, así es que al constituyente derivado, al legislador, al funcionario judicial y administrativo en todas sus decisiones le es exigible atender al concepto constitucional de dignidad humana.

El papel del concepto de dignidad humana ha sido examinado por la Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, en los siguientes términos:

“...Desde estos diversos planos la dignidad humana juega un papel conformador del ordenamiento jurídico. En relación con el plano valorativo o axiológico, esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la dignidad humana es el principio fundante del ordenamiento jurídico y constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución. Así mismo ha sostenido, que la dignidad humana constituye la base axiológica de la Carta, de la cual se derivan derechos fundamentales de las personas naturales, fundamento y pilar ético del ordenamiento jurídico. De esta múltiple caracterización ha deducido la Corte Constitucional que *“la dignidad humana caracteriza de manera definitoria al Estado colombiano como conjunto de instituciones jurídicas”*.

Frente al concepto de Dignidad Humana, ha expresado el Tribunal Constitucional colombiano:

“...La Carta Política reconoce el derecho inalienable de todo ser humano a la dignidad, entendida como autonomía o posibilidad de diseñar un plan y de determinarse según sus características –“vivir como quiera”–, al punto de constituirse en el pilar esencial en la relación “Estado-Persona privada de la libertad, de acuerdo con el artículo 5° de la Constitución Política, los tratados internacionales y la jurisprudencia constitucional...”¹ (subrayado no original),

El hecho de que la dignidad humana sea un elemento esencial de nuestra Constitución se sustenta a lo largo de su textura, desde el preámbulo, pasando por los artículos 1°, 2°, 4°, 5° y 7°, entre otros. El carácter del hombre como base central de nuestra organización política, ha estado siempre presente. Esta interpretación ha sido prohijada por el Tribunal Constitucional colombiano en Sentencia C-1040 de 2005.

El derecho a la autonomía personal, solo limitado por el interés superior de la infancia

La dignidad humana está íntimamente relacionada con el derecho fundamental a la autonomía personal, tal referencia se ciñe al entender que el hombre es un fin en sí mismo, es decir, no es un medio para realizar los ideales de los demás, por muy loables o heroicos que estos sean.

La capacidad para autodirigir la existencia propia, en términos kantianos, para ejercer las facultades propias de la mayoría de edad, implica un deber de acompañamiento del Estado, si así lo desea el ciudadano, o *contrario sensu*, la obligación de

¹ Sentencia T-1259 de 2005.

abstenerse debe el Estado respetar el núcleo esencial decisional de los ciudadanos.

Por tal motivo, se entiende que es una garantía inalienable que las personas resuelvan sus asuntos conforme lo inspiren sus propias creencias y convicciones, claro está dentro de los límites que imponen el orden jurídico y los derechos de los demás.

El ordenamiento constitucional colocó como límite a la autodeterminación personal, el postulado contenido en su artículo 44, a cuyo tenor:

“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás...”.

Tal preponderancia de los derechos de los niños sobre los demás derechos, aplicada en el caso que se examina, ha sido definida dentro de la ley 745 de 2002, según la cual se convierte en contravención, el porte y consumo de dosis mínima de alucinógenos, en las siguientes circunstancias:

- Cuando el consumo se realiza en presencia de menores de edad.

- Cuando el consumo o porte se realiza en establecimientos educativos o en lugares aledaños a los mismos o en el domicilio de menores.

- Cuando en presencia de menores de edad se realice en lugar público o abierto al público o en establecimiento comercial de esparcimiento, se autoriza a las autoridades de Policía proceder inmediatamente a retirar del lugar de los hechos al infractor y a decomisar la sustancia alucinógena.

- Se estipula que la omisión o la tardanza en el cumplimiento de tal deber por parte de los miembros de la policía serán sancionadas con la destitución del empleo.

Esta autorización legal se realiza toda vez que conforme al plenum constitucional los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, y estando estos en una verdadera minoría de edad (en gran parte, inclusive, en términos kantianos) es exigible de los ciudadanos limitaciones a sus derechos a la autonomía personal, precisamente, para un óptimo desarrollo de la autonomía en ciernes de los niños.

No puede a través de una política sancionatoria del Estado afectarse la dignidad humana y los derechos fundamentales

El Derecho en sentido general, se puede observar como un esquema de protección al pacto social de convivencia humana, expresable a través de normas investidas de coactividad superiores a la voluntad de quien se sustraiga de su acatamiento.

En efecto, las normas contentivas del Derecho Laboral, Penal, Civil, Familia, Agrario, Administrativo buscan regular las relaciones humanas de ese carácter.

Teniendo un grado de imperatividad que coacciona al asociado a su cumplimiento. Dejando al Derecho Penal, solo regular los asuntos de prístina importancia. Así es que cuando se incumple un contrato civil, se deja al Derecho Civil que a través de las reglas sustantivas y adjetivas que componen el mismo, sea posible subsanar el quebrantamiento de las cláusulas contractuales. Contrario sensu, si el incumplimiento radica en que por medio de artificios o engaños se indujo en error a alguien sobre el objeto del contrato, la materia deja de ser meramente civil y pasa a estar bajo la tutela del Derecho Penal.

Dada la circunstancia que son las normas penales, sean delitos o contravenciones, aquéllas que limitan en mayor sentido la libertad de los asociados, el ordenamiento jurídico prevé que solo el Legislador es el encargado de expedir esas normas. Sin embargo, tal facultad no es ilimitada u omnimoda, sino que se encuentra circunscrita en el campo de acción permitido por el bloque de constitucionalidad.

Este pensamiento lo podemos observar en la Sentencia C-939 de 2002, en los siguientes términos:

“6. En suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva...”.

Según lo anterior, las mayores limitaciones que encuentra el legislador para determinar que una conducta humana constituye delito son las siguientes:

- Que la conducta tipificada desconozca un derecho fundamental.

- Que la medida penal no resulte idónea para proteger bienes constitucionales.

- Que la medida es irrazonable o desproporcionada para el fin buscado.

Esta reforma constitucional riñe con la Constitución Política, entendida como un texto armónico

La dignidad humana implica que nuestro Estado acepte la pluralidad y diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (C. P. Art. 7°), ello está vinculado en reconocer que existen culturas minoritarias, algunas ancestrales, en la que la utilización de ciertos alucinógenos hace parte de su cosmovisión. Un Estado que es democrático, no debe imponer, y menos desde el derecho sancionatorio, una visión cultural como la perfecta o necesaria de seguirse.

La doctrina constitucional acogida por este ponente, ha venido sosteniendo que por vía de acto legislativo no puede derogarse, subvertirse o sustituirse los elementos esenciales de nuestra unidad política, ello solo es dable a través de la decisión de una Asamblea Nacional Constituyente que “refunde” al Estado y al modificar las cláusulas esenciales del “contrato fundamental”, este necesariamente devendrá en uno diferente.

Por ello, este proyecto de acto legislativo se torna en inconstitucional en tanto este Congreso estaría desbordando el poder de “reforma” que el constituyente primario le delegó, en tanto estaría subvirtiendo la noción universal de la dignidad humana al ordenar que ciertas personas y grupos minoritarios que en uso de su capacidad de normar su vida, en unos casos, y en otros, de pertenecer a asociaciones culturales y ancestrales, le estaría vedada su existencia como tal porque a una mayoría del seno del Congreso de la República le repugna la utilización de ciertas drogas. Ello, en contravía del libre desarrollo de la personalidad del nacional colombiano.

Por otra parte, es menester aclarar que el drogadicto (no el consumidor ocasional) no es visto ni en el sistema jurídico internacional, ni el nacional,

como un delincuente *stricto sensu*. Más bien, y como ha sido expresado por Kofi Annan, ex Secretario General de las Naciones Unidas, es una víctima.

El artículo segundo de la Constitución establece que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Si lo que se quiere es constitucionalizar una política estatal de ejecución en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de la recuperación de los adictos, cabe decir que esta norma ya existe tácitamente en el texto constitucional, pues, es esta misma norma la que coloca en cabeza de los agentes del Estado la protección de los bienes fundamentales de las personas, protección que obviamente, también se dirige frente al flagelo de la droga.

III. B) INCONVENIENCIA DEL PROYECTO

La lucha contra las drogas implica una política pública bipolar: aplicación del poder punitivo del Estado contra los narcotraficantes y apoyo asistencial a los adictos

La lucha contra las drogas implica una acción del Estado que se dirige en dos frentes: la aplicación del poder coercitivo para eliminar la producción y tráfico de alucinógenos, así como el apoyo asistencial a quienes se encuentran bajo el mundo de las drogas, y campañas de prevención para evitar que nuevas personas caigan en esta condición.

La producción de cocaína en Colombia ha disminuido en un 60% al pasar de 485 toneladas en 2007 a la suma de 190 toneladas métricas en 2008.

El cultivo de coca también ha tenido una reducción en un 30%, de tener 169.800 hectáreas en 2004 a 119.000 hectáreas en 2008.

Los anteriores resultados muestran que se han dado pasos importantes en la lucha contra el tráfico y producción de droga, pero aún falta por hacer.

No se pueden direccionar equivocadamente esfuerzos en esta lucha, pues, lo que necesariamente se invertirá en la represión penal del consumo significará menos en la guerra contra este fenómeno.

La Organización de las Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, ha mencionado:

“Cada dólar invertido en tratamiento genera una reducción de cuatro a siete dólares del costo de la delincuencia relacionada con las drogas, la justicia penal y los hurtos...”. Manual sobre el Tratamiento del Abuso de Drogas.

La Teoría Económica prueba la inconveniencia del proyecto

El término elasticidad precio demanda es muy propio de la Microeconomía, mide el grado en que la cantidad demandada responde a las variaciones del precio de mercado.

El proyecto *sub exámine* impactará en el precio de la droga, pues, prohibirse desde la Constitución (e inclusive al sancionarse, así sea voluntariamente) el solo porte y uso de la dosis mínima, evidentemente se aumentará el precio pagado por los psicotrópicos debido a la evidente dificultad de su expendio.

Los objetos a consumir de acuerdo al grado de sensibilidad frente a variaciones en su precio, pueden ser:

- Elásticos. Si una pequeña variación provoca graves cambios en la cantidad demandada.

- Inelásticos. Si la demanda del objeto es poco sensible a la variación de precios.

- Elásticos Unitarios. Si varía proporcionalmente la demanda a los precios.

Los objetos por consumir tienen una naturaleza elástica, inelástica o elástica unitaria de acuerdo a diferentes factores², enumeramos los más importantes:

1. **Grado de necesidad del bien:** Si el bien es de primera necesidad la demanda es inelástica, se adquiere sea cual sea el precio; en cambio si el bien no tiene la categoría de necesario, la demanda será elástica ya que si el precio aumenta un poco muchos consumidores podrán prescindir de él.

2. **Existencia de bienes sustitutivos.** Si existen buenos sustitutos la demanda del “bien” será muy elástica.

3. **Importancia del bien en términos de coste.** Si el gasto en ese bien supone un porcentaje muy pequeño de la renta de los individuos, su demanda será inelástica. Por ejemplo, el lápiz. Las variaciones en su precio influyen muy poco en las decisiones de los consumidores que desean adquirirlos.

Frente al consumidor habitual de alucinógenos, de forma intuitiva, afirmamos que estos objetos muestran una inelasticidad precio-demanda, pues, dado su poder adictivo se convierten en necesarios para quien los utiliza, por lo que una variación de los precios no tendrá el poder disuasivo para limitar su uso.

Además, no existen “sustitutos” reales para ellos.

Si bien la importancia en términos de coste pueden ser de mayor o menor grado para el consumidor, la realidad nos muestra que las personas drogadictas renuncian a sus bienes materiales con el solo fin de consumir.

Lo anterior evidencia que la expedición de la reforma constitucional en estudio, significará un aumento considerable de los precios de los alucinógenos, sin que tenga ello como consecuencia una disminución significativa de su consumo.

Tal hecho solo beneficiará a los narcotraficantes quienes por cuenta del propio Estado, verán aumentadas sus utilidades, con el pecaminoso efecto que al dirigirse recursos contra su contención al servicio de la persecución penal de los consumidores, ellos tendrán mayor poder económico para ensanchar ese negocio ilícito.

En los anteriores términos, solicito se archive el Proyecto de Acto Legislativo número 20 de 2009 Senado, 285 de 2009 Cámara, *por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política*.

IV. PROPOSICION

Por lo anteriormente expuesto, solicito a los miembros de la Plenaria del Senado de la República Archivar el Proyecto de Acto Legislativo número 20 de 2009 Senado, 285 de 2009 Cámara, *por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política*.

De los honorables Congresistas,

Armando Benedetti Villaneda,

Senador.

² <http://www.eumed.net/cursecon/4/elasticidad-demanda.htm>