

## Sentencia C-491/12

### MEDIDAS PENALES PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD CIUDADANA-Exequibilidad condicionada sobre tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Cuando el porte o la conservación recae sobre sustancia estupefaciente sicotrópica o droga sintética, en cantidades comprendidas incluso dentro de la categoría de dosis personal, pero destinadas no al propio consumo sino a la comercialización, tráfico, e incluso a la distribución gratuita, la conducta será penalizada toda vez que tiene la potencialidad de afectar, entre otros bienes jurídicos, el de la salud pública. En consecuencia, el condicionamiento que se inserta en la parte resolutive de la decisión deja intacta la posibilidad de que se penalicen las conductas consistentes en “vender, ofrecer, financiar y suministrar”, con fines de comercialización, las sustancias estupefaciente, sicotrópicas o drogas sintéticas, de que trata el artículo 376 del Código Penal, en cualquier cantidad.

JUICIO DE IDONEIDAD DEL TIPO PENAL DE TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES-Debe apuntar a la protección de un bien jurídico constitucionalmente garantizado

NORMAS SOBRE DOSIS PARA USO PERSONAL-Contenido

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Reiteración de jurisprudencia

Es preciso recordar que la Corte Constitucional, de manera excepcional, y en virtud de lo previsto en el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991, ha procedido a integrar la unidad normativa entre las disposiciones acusadas y otros textos que no han sido demandados pero con los cuales éstas tienen una relación inescindible. La jurisprudencia de la Corte ha reiterado en este aspecto que: “(...) la unidad normativa procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado.

PORTE O CONSUMO DE SUSTANCIA ESTUPEFACIENTE-Necesidad de integración normativa para evitar que el fallo resulte inocuo, en la medida que otras expresiones de la norma acusada llevan implícito dicho concepto

TRATAMIENTO POLITICO CRIMINAL DEL PORTE O CONSERVACION DE SUSTANCIA ESTUPEFACIENTE EN DOSIS PARA USO PERSONAL-Evolución legislativa y jurisprudencial

AUTONOMIA DE LA PERSONA-Reconocimiento

PORTE Y CONSUMO DE DOSIS MINIMA DE ESTUPEFACIENTES-Jurisprudencia de la Corte Constitucional

INTERPRETACION SISTEMATICA DEL ARTICULO 49 DE LA CONSTITUCION POLITICA-Jurisprudencia constitucional

En la sentencia C-574 de 2011, a partir de una interpretación sistemática de los nuevos incisos introducidos por el Acto Legislativo 02 de 2009 en el contenido del artículo 49, con el resto de este precepto superior, y con otros principios del texto fundamental que inciden en su alcance, la Corte llegó a las siguientes conclusiones: 1. Teniendo en cuenta la interpretación sistemática del inciso sexto con el resto del artículo 49 de la C.P. se desprenden varias conclusiones: (i) Que la prohibición del porte y consumo de estupefacientes y sustancias sicotrópicas para el sometimiento a medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico, terapéutico con el consentimiento informado del adicto, se correspondería con el deber de procurar el cuidado integral de la salud de la persona y de la comunidad, contenido en el inciso quinto del artículo. (ii) Que no solamente se establecen las medidas pedagógicas, administrativas y terapéuticas para el adicto que consienta de forma informada someterse a dichas medidas y tratamientos, sino que el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia, con el desarrollo permanente de campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y a favor de la recuperación de los adictos. (iii) Por último, que el sometimiento a las medidas y tratamientos para los adictos y dependientes que porten y consuman sustancias estupefacientes y sicotrópicas, y que consientan de manera informada someterse a las medidas y tratamientos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, deberá proveerse por parte del Estado o por los particulares o por parte del sistema de salud de acuerdo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. 2. En cuanto a la interpretación del inciso sexto del artículo 49, con el resto de la Constitución, se tiene que tener en cuenta que dicho apartado, que está inserto en el derecho a la salud, se debería corresponder con un concepto amplio de dignidad que implique la autodeterminación (artículo 1), con el derecho a la vida y con el deber del Estado de protegerla (art. 11 e inciso segundo del artículo 2º), con la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás (inciso tercero del artículo 44), con la protección y la formación integral del adolescente (artículo 45), con la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos a quienes se les prestará la atención especializada que requieran (art. 47); con el mismo derecho a la salud y saneamiento ambiental (art. 49) y con el numeral primero de los deberes del artículo 95 que establece que toda persona tiene el deber de “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

PORTE Y CONSUMO DE DOSIS MINIMA DE ESTUPEFACIENTES-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia/INTERPRETACION REITERADA DE LOS ORGANOS DE CIERRE DE LAS DISTINTAS JURISDICCIONES-Constituye derecho viviente/DERECHO VIVIENTE-Aplicación

TIPO PENAL DE TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES-Verbos rectores/ESTUPEFACIENTES-Definición/SUSTANCIAS SICOTROPICAS-Definición/DOSIS PERSONAL-Concepto

PORTE DE DOSIS PARA EL CONSUMO PERSONAL-Distinción con el narcotráfico/PORTE DE SUSTANCIA ESTUPEFACIENTE, SICOTROPICA O DROGA SINTETICA EN CANTIDAD CONSIDERADA COMO DOSIS PERSONAL PARA CONSUMO Y NO PARA COMERCIALIZACION-No se encuentra comprendido dentro de la prescripción del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes/PROTECCION A TRAVES DE MEDIDAS Y TRATAMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE ORDEN PEDAGOGICO, PROFILACTICO O TERAPEUTICO-Deben contar con el consentimiento informado del adicto

Referencia: expediente D-8842

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 (parcial) de la Ley 1453 de 2011 "Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad".

Actor: David Delgado Vitery

Magistrado Ponente:

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos David Delgado Vitery y Otto Hernán Lara Cardona presentaron sendas demandas de inconstitucionalidad contra la expresión "lleve consigo" del artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, las cuales fueron radicadas bajo los números D-8842 y D-8834, respectivamente. La Sala Plena en sesión del 2 de noviembre de 2011, decidió acumular los mencionados expedientes.

Mediante providencia del quince (15) de noviembre de dos mil once (2011), el magistrado sustanciador dispuso admitir la demanda presentada por el ciudadano David Delgado Vitery, por considerar que reunía los requisitos exigidos por el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, en tanto que la promovida por el ciudadano Otto Hernán Lara Cardona, fue inadmitida, y posteriormente rechazada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991.

En auto de noviembre 30 de 2011, se dispuso continuar el proceso respecto de la demanda formulada por el ciudadano David Delgado Vitery, se corrió traslado al Procurador General de la Nación, a fin de que emitiera su concepto en los términos de los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución; se fijó en lista con el objeto de que cualquier ciudadano impugne o defienda la norma, y se comunicó de la iniciación del proceso al Presidente de la República, al presidente del Congreso, para los fines previstos en el artículo 244 de la Carta, así como al Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia y del Derecho, a la Fiscalía General de la Nación y al Director de la Policía Nacional.

Se invitó a participar en el presente juicio a los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades Externado de Colombia, Javeriana, Nacional de Colombia, de los Andes, Sergio

Arboleda, Libre, Eafit de Medellín, de Antioquia, de Ibagué, de La Sabana, y del Rosario, al igual que a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Centro de Estudio de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia-, y a la Comisión Colombiana de Juristas, con el objeto de que emitieran concepto técnico sobre la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

## II. LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición parcialmente demandada, de conformidad con su publicación en el Diario oficial No. 48.110 del 24 de junio de 2011, subrayando el aparte acusado:

LEY 1453 DE 2011

(junio 24)

Diario Oficial No. 48.110 de 24 de junio de 2011

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.

DECRETA:

CAPÍTULO I.

MEDIDAS PENALES PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD CIUDADANA.

(...)

Artículo 11. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El artículo 376 de la Ley 599 de 2000 quedará así:

Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga

sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

### III. LA DEMANDA

El ciudadano demandante solicita la inexecutable de la expresión "lleve consigo" contenida en el inciso primero del artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 que modificó el 376 de la Ley 599 de 2000.

Sostiene que la reforma introducida por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 al precepto 376 del Código Penal, al eliminar de su texto la expresión "salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal" en lo atinente a la sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética contemplada en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de Naciones Unidas sobre sustancias sicotrópicas, tipifica como delito el porte de la dosis para uso personal en la modalidad de "portar consigo". Esta tipificación iría en contra de los contenidos de los artículos 1, 2, 5, 13 y 16 de la Constitución, normas que ubican a la persona humana como eje central del estado social y democrático de derecho.

Afirma el ciudadano demandante que "de la racionalidad que caracteriza a la dignidad humana hacen parte el principio de autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, según los cuales el ser humano puede escoger sus comportamientos y opciones de vida, si pertenecen a su fuero particular y con ello no se interfiere la órbita de los demás. Una persona, como lo reconocen psicólogos, filósofos y juristas tiene tres tipos de vida: la vida íntima, la vida privada y la vida de relación. Mientras esta puede, e incluso debe ser regulada por el Estado, en las otras dos hay una barrera interior y familiar, ya que la intervención estatal aparece el riesgo de violar los derechos en cuya defensa se ha comprometido."

Del anterior planteamiento deriva que la penalización del porte de la dosis para uso personal en la modalidad de llevar consigo sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de Naciones Unidas sobre sustancias sicotrópicas, desconoce la dignidad de la persona humana "en tanto no garantiza sino que atropella el principio de autonomía que le es inherente, aunque esa conducta merezca reproche de la comunidad desde otros ángulos de observación, tales como el ético o el religioso".

El artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, parcialmente acusado, discrimina negativamente a quienes consumen la dosis para uso personal en la modalidad de llevar consigo sustancia

estupefaciente, sicotrópica o droga sintética de las contempladas en la mencionada convención “al calificarlos de delincuentes sin reparar en su situación de dependientes o drogadictos. No pueden confundirse los conceptos y las acciones. Una cosa es portar y consumir esa dosis y otra, diferente, incurrir en un delito y convertirse en delincuente”.

Sostiene que si bien el porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas están prohibidos en el Acto Legislativo No. 002 de 2009, éste no autorizó la alternativa de sancionar esas acciones con pena de prisión, sino dispuso que legislador estableciera medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, los cuales requieren el tratamiento informado del adicto. Del texto de la disposición constitucional no se deduce la posibilidad de penalizar el porte y consumo de sustancia estupefaciente y sicotrópica, como tampoco del propósito que animó la reforma al artículo 49 de la Constitución, pues dentro de la discusión del proyecto de acto legislativo el Gobierno precisó:

“Es necesario aclarar que el proyecto de acto legislativo que presentó el Gobierno nacional y que pretende prohibir el porte y consumo de dosis personal de estupefacientes no establece una sanción penal, esto es, la fijación de una pena por la realización de una conducta reprochable, un delito; sino que, por el contrario, se limita a reconocer medidas pedagógicas o terapéuticas a los consumidores y para los adictos medidas de protección coactiva, en el entendido que estos constituyen un grupo marginado de la sociedad que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, es decir aquellas personas que por su problema de drogadicción, requieren atención y tratamiento médico especializado por parte del Estado.

Por lo anterior, debe quedar muy claro que este Acto Legislativo no pretende penalizar la dosis personal sino prohibirla y acompañar a quienes sufren estados de alteración derivados del consumo de estupefacientes, de medidas de protección que conserven su dignidad y vida. A través de estas medidas de protección previstas en el Acto Legislativo lejos de estimarse a las personas como objeto de una política perfeccionista del Estado o como imposición de un modelo de virtud, se busca su curación y rehabilitación”.

A través de la norma parcialmente acusada, el Estado, en lugar de cumplir con las obligaciones que le impuso el Acto Legislativo No. 002 de 2009, recurre al castigo con cárcel y “elude, con el pretexto de la prohibición, dedicar 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 a desarrollar en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes”.

Manifiesta que “la tendencia actual a penalizar conductas, obedece a la falta de una política criminal. Cuando hasta hace algún tiempo se decía que el derecho penal es la última ratio, hoy es la primera ratio, porque basta que a alguien se le ocurra degradar una conducta y convertirla en delito, porque produce un escándalo o una reacción social negativa, para que se tramite la respectiva ley. Está demostrado que este no es el camino más apropiado, ni para evitar el delito, ni para rehabilitar a quien lo comete. Por eso es necesario que la Corte Constitucional exhorte al Gobierno y al Congreso a definir la política criminal que debe aplicarse para combatir la criminalidad organizada, la corrupción y la mafia, pero así mismo

para que empiece a cumplir lo ordenado en el acto legislativo de 2009, en relación con los consumidores o adictos”.

Finalmente, destaca que “el Estado colombiano ha adquirido compromisos con la comunidad internacional para combatir el negocio y el tráfico de drogas, entre otras muchísimas razones, por la necesidad de extirpar el germen de una cantidad de delitos que producen enriquecimiento ilícito, secuestros, homicidios, etc., pero de los tratados internacionales no se deduce la obligación de penalizar el porte y consumo de la dosis para consumo personal”.

Concluye que dado que “el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 vulnera las normas constitucionales citadas en la demanda, en tanto tipifica como delito el porte de la dosis para uso personal en la modalidad de llevar consigo sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre sustancias sicotrópicas” el segmento acusado debe ser separado del ordenamiento legal mediante la declaratoria de inconstitucionalidad.

#### IV. INTERVENCIONES

##### 1. De entidades públicas

###### 1.1. Del Ministerio de la Defensa Nacional

El Teniente Coronel Pablo Antonio Criollo Rey, interviene en su condición de Secretario General (E) de este ministerio, para solicitar la exequibilidad del precepto acusado, tras considerar que “el concepto de “dosis personal” al que alude el demandante en su escrito petitorio, no ha desaparecido del ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, fue declarado exequible por la sentencia C-221 de 1994, a pesar de las varias normas que se han expedido en orden a tener por ilícito su consumo y ahora por penalizarlo; por el contrario lo que busca la norma demandada, es garantizar que no se excedan los límites permitidos para el porte de sustancias estupefacientes y que están previstos expresamente por aquella”. Cita en apoyo de su afirmación la sentencia de agosto 17 de 2011 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la que se destaca la vigencia del literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, que define la dosis personal.

###### 1.2. Del Ministerio de Justicia y del Derecho

Interviene a través de apoderada en defensa de la norma acusada. Para sustentar esta postura sostiene que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto, por lo tanto no puede ser invocado para desconocer los derechos de los otros, ni los derechos colectivos, ni para limitar la capacidad punitiva del Estado frente a comportamientos que pongan en peligro el orden social o económico o el ejercicio de los demás derechos que se reconocen a todos los ciudadanos<sup>1</sup>.

Afirma que tal como lo reconoció la Corte en la sentencia C-420 de 2000, hay una amplia gama de derechos interferidos por el narcotráfico que no pueden simplemente desconocerse para hacer primar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de quien decide consumir

estupefacientes.

Manifiesta que “el Gobierno Nacional, adicionó el texto del artículo 49 de la Constitución de 1991, en el sentido de prohibir el porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas y como parte de una filosofía preventiva y rehabilitadora, se facultó al legislador para establecer medidas con carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico para quienes consuman dichas sustancias, pudiendo acompañar dichas medidas [de] limitaciones temporales al derecho a la libertad, las cuales se harán efectivas en instituciones adaptadas para ello, sin que dichas limitaciones impliquen por sí misma penas de reclusión en establecimientos carcelarios.”

La adición que se hizo al artículo 49 de la Constitución mediante Acto Legislativo No. 02 de 2009, se fundamentó en los preocupantes resultados arrojados por los estudios realizados en materia de consumo y tráfico de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, y en especial, en razones de protección a la salud de la persona, como derecho constitucional fundamental de esta, destacando que no se pretende penalizar con medida privativa de la libertad al consumidor, sino acompañarlo con estrategias pedagógicas, profilácticas y terapéuticas que le ayuden a él y a su familia a superar sus dificultades. Destaca que esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-882 de 2011.

Concluye la representante del ministerio señalando que se debe diferenciar la dosis para uso personal, con el porte de estupefaciente con fines de distribución o venta, cualquiera sea su cantidad.

### 1.3. De la Fiscalía General de la Nación

La Jefe de la Oficina Jurídica de este órgano solicita a la Corte declarar la exequibilidad condicionada de la expresión “lleve consigo”, contenida en el artículo 376 del Código Penal, tal como fue modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, bajo el entendido de que “no se está penalizando la denominada dosis personal de estupefacientes”.

Fundamenta su solicitud en que de acuerdo con la interpretación efectuada por la Corte Constitucional en la sentencia C-574 de 2011, respecto del Acto Legislativo No. 02 de 2009, el porte de estupefacientes en dosis personal no se encuentra penalizado en nuestra legislación.

Esta posición ha sido también acogida por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, corporación que ha explicado que “si el porte de la sustancia es realizado por una persona farmacodependiente en la calidad y cantidad definida en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, la conducta se considera impune por las razones esgrimidas en la sentencia C-221 de 1994 pero si se superan los límites definidos como dosis personal, la conducta debe ser sancionada penalmente, con independencia de si es adicto o no”<sup>2</sup>.

Así mismo ha indicado el tribunal de casación que “cuando se trata de cantidades de drogas ilegales, comprendidas inclusive dentro del concepto de la dosis personal, destinadas no al propio consumo sino a la comercialización o, por qué no, a la distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege; lo que no

acontece cuando la sustancia (atendiendo obviamente cantidades insignificantes o no desproporcionadas) está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problemas de dependencia, evento en el que no existe tal incidencia sobre las categorías jurídicas que el legislador pretende proteger”<sup>3</sup>

Los anteriores pronunciamientos son anteriores a la modificación del artículo 49 de la Carta, mediante el A.L. No. 02 de 2009. Sin embargo, afirma la interviniente, con posterioridad a esta reforma y aún bajo la expedición del artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, “es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos toques, esto último de acuerdo con el desarrollo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema.”

Luego de citar ampliamente la sentencia de agosto 17 de 2011 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sostiene que en criterio de la Fiscalía se hace necesario armonizar los derechos constitucionales a luchar contra el tráfico de estupefacientes, con el libre desarrollo de la personalidad del consumidor que no afecta con su conducta otras esferas jurídicas, por lo que propone una declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión “lleve consigo”, bajo el entendido que la norma no está penalizando la denominada dosis personal de estupefacientes”.

## 2. De Instituciones Educativas

### 2.1. Universidad de Ibagué

El ciudadano Álvaro González Murcia, actuando como Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de esta institución educativa solicita la declaratoria de exequibilidad del precepto acusado.

Adhiriendo a los planteamientos sentados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 17 de agosto de 2011, proferida en el proceso identificado con el No. 35978, el interviniente sostiene que el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 no puede interpretarse en el sentido que anota el demandante. Es decir, la norma no contiene una fórmula de penalización del adicto, cuando lleva consigo una cantidad necesaria para satisfacer su adicción. La norma debe entonces interpretarse con el alcance de que llevar consigo cantidades iguales o inferiores a una dosis personal, constituye delito, al tenor de la norma acusada, solo cuando tiene como finalidad el comercio y no la satisfacción del adicto.

Concluye que no es cierto que el legislador haya decidido penalizar el consumo de drogas que produzcan dependencia, y de ahí la constitucionalidad del aparte acusado.

### 2.2. De la Universidad de La Sabana

El ciudadano Hernán Alejandro Olano García, integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Público “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé” de esta universidad, solicita la declaratoria de exequibilidad del precepto acusado, en cuanto no advierte vulneración a la garantía del libre desarrollo de la personalidad.

Invocando apartes de los salvamentos de voto a la sentencia C-221 de 1994, sostiene que la

garantía del libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, pues está afectada por dos tipos de limitaciones, los derechos de los demás y el orden jurídico “que son limitaciones que se le imponen al sujeto que lo ejerce por el hecho de vivir en sociedad y por ser esa sociedad una organización jurídica, es decir, exigencias de suyo exteriores al sujeto, y la limitación intrínseca a la libertad misma, que debe estar ordenada al desarrollo de la personalidad de un ser que puede buscarlo precisamente por razón de su naturaleza perfectible”.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante concepto No. 5302 del 13 de febrero de 2011, el Procurador General de la Nación solicitó a la Corte declarar exequible la expresión “lleve consigo” contenida en el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011.

Como fundamento de su planteamiento expuso que a partir de los pronunciamientos de esta corporación contenidos en las sentencias C-574 de 2011 y C-882 de 2011, que dejaron incólume el A.L. No. 02 de 2009, es un hecho cierto que tanto el porte como el consumo de drogas estupefacientes o psicotrópicas está prohibido por la Constitución, salvo que se trate de casos de prescripción médica. Esta prohibición, a juicio del Jefe del Ministerio Público “se funda en el deber constitucional que tiene todas las personas de “procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad””.

El porte y el consumo de drogas no son conductas que se puedan separar del mercado de las drogas, pues para que se pueda portarlas y consumirlas es menester producirlas, transportarlas, distribuirlas y adquirirlas y ni el porte ni el consumo de drogas son asuntos propios de la vida íntima de las personas. Basta considerar que las drogas son cultivadas, procesadas, transportadas, distribuidas y vendidas por otros, para advertir que no se trata de un asunto que corresponda de manera exclusiva a quien las porta o a quien las consume.

Por consiguiente, en concepto del Procurador, la penalización de la conducta “lleve consigo” estupefacientes, no es, per se, contraria al orden superior, y en especial a lo dispuesto en el título II de la Carta Política, relativo a los derechos, las garantías y los deberes y, más específicamente, en el capítulo II que reconoce los derechos sociales, económicos y culturales.

Sostiene que el actor demanda la expresión “lleve consigo” contenida en el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, sin ofrecer argumentos para demostrar que penalizar el porte, transporte o tráfico de estupefacientes sea contrario a la Constitución. Sus argumentos versan sobre el consumo en cantidad considerada como dosis personal. Al respecto advierte el Procurador que, “ni la expresión demandada ni la norma que la contiene penalizan el consumo de estupefacientes, (considerado una contravención en el artículo 51 de la Ley 30 de 1996 o Estatuto Nacional de Estupefacientes, pero permitido desde la sentencia C-221 de 1994) y, al no penalizarlo, tampoco aluden a la dosis del mismo. Por el contrario, lo que se penaliza en la norma demandada es el porte, transporte o tráfico de estupefacientes”.

Las expresiones específicamente demandadas no precisan ni los fines, ni las cantidades de estupefacientes que la persona debe llevar consigo para cometer el delito, y no lo hace porque la penalización se contrae al hecho objetivo de “transportar o llevar consigo”

estupefacientes, y no al consumo. De modo que una declaratoria de inexecutable de la norma, tal como lo solicita el demandante, conduciría a la despenalización de la conducta “lleve consigo” tanto unos gramos como unas toneladas de sustancia prohibida.

En este orden de ideas, para el Jefe del Ministerio Público las acusaciones del actor, relativas a la posible sanción de los consumidores o adictos a estas sustancias, como resultado de la aplicación de la expresión demandada son inadecuadas, pues si su intención es cuestionar las cantidades con las que se establece la agravación o atenuación de la pena, “la demanda debió dirigirse contra el inciso segundo y tercero del mismo precepto y contra la expresión “llevar consigo”, la cual tiene la misma naturaleza que la de los demás verbos rectores establecidos en el tipo penal y en todo caso, es completamente coherente con el texto constitucional”.

## VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

### Competencia de la Corte

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la disposición acusada forma parte de una ley de la República, en este caso, de la Ley 1453 de 2011.

### Asunto bajo revisión. Problema jurídico planteado

2. Sostiene el ciudadano demandante que la reforma introducida por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 al precepto 376 del Código Penal, al eliminar de su texto la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal” en lo atinente a la sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética contemplada en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de Naciones Unidas Sobre Sustancias Sicotrópicas, tipifica como delito el porte de la dosis para uso personal en la modalidad de “llevar consigo”. Esta tipificación iría en contra de los contenidos de los artículos 1, 2, 5, 13 y 16 de la Constitución, normas que ubican a la persona humana como eje central del estado social y democrático de derecho.

El Procurador General de la Nación solicita la exequibilidad del aparte normativo acusado, toda vez que su expulsión del orden jurídico conduciría a la impunidad del porte de cualquiera de las sustancias a las que refiere la norma, y sin consideración a la cantidad.

La mayoría de los intervinientes, opinan que el porte de estupefacientes en cantidad considerada como dosis para uso personal no se encuentra penalizado en el precepto que se examina, a pesar de la prohibición introducida por el A.L. 02 de 2009 en el sentido que “el porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”. Este entendimiento del problema lo fundamentan en la vigencia del literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, en la decisión contenida en la sentencia C-221 de 1994, así como en la jurisprudencia que sobre la materia ha desarrollado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Minoritariamente – la Universidad de La Sabana – sostiene que la norma debe mantenerse tal como está, toda vez que la prohibición del porte, en cualquier cantidad, de sustancias

estupefacientes o sicotrópicas a las que alude la norma, no tiene la virtualidad de quebrantar el libre desarrollo de la personalidad.

### Integración normativa del artículo 376 del Código Penal

3. La demanda ciudadana está orientada a cuestionar un segmento normativo que en criterio del actor constituye una reinstauración de la penalización del porte y consumo de dosis personal para uso personal de sustancia estupefaciente o sicotrópica. De acuerdo con el planteamiento del demandante esta decisión legislativa está plasmada en la expresión “lleve consigo” referida a las sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas a las que alude el tipo penal parcialmente acusado.

La modalidad delictiva a que alude el demandante, en efecto, lleva implícito “el porte” de sustancia estupefaciente. Sin embargo, advierte la Corte que de acuerdo con la normatividad correspondiente, el concepto de dosis personal hace referencia a “la cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo”<sup>4</sup>, y que varias de las hipótesis de conducta previstas en el artículo 376 implican el porte o la conservación de esas sustancias prohibidas. Observa así mismo, que el concepto de dosis personal está necesariamente vinculado a unos límites cuantitativos relativos a la sustancia que se porta o conserva<sup>5</sup>.

En ese orden de ideas, para analizar el cargo formulado por el demandante, se hace necesario recurrir a la técnica de integración normativa del segmento acusado, con el resto del artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011. Con los textos no acusados del inciso primero, la integración se hace necesaria por que la conducta de portar o conservar para el propio consumo dosis personal de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, puede estar implícita en varias de las conductas rectoras que presenta el tipo penal de “tráfico, fabricación o porte de estupefaciente”; y con los incisos segundo y tercero del precepto, por que los rangos punitivos establecidos por el legislador en función de la cantidad de sustancia incautada, resultan relevantes para determinar si la “dosis personal” se encuentra comprendida dentro de alguna de esas graduaciones punitivas que contempla el del tipo penal.

4. Sobre el particular, es preciso recordar que la Corte Constitucional, de manera excepcional, y en virtud de lo previsto en el artículo 6° del Decreto 2067 de 19916, ha procedido a integrar la unidad normativa entre las disposiciones acusadas y otros textos que no han sido demandados pero con los cuales éstas tienen una relación inescindible.<sup>7</sup> La jurisprudencia de la Corte ha reiterado en este aspecto que:

“(... ) la unidad normativa procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado” <sup>8</sup>.

5. En el presente caso la integración normativa se muestra necesaria para evitar que el fallo que se produzca resulte inocuo, en la medida que otras expresiones del precepto

parcialmente acusado llevan implícito el concepto de “porte o conservación de sustancia estupefaciente”. Adicionalmente, para que la Corte pueda decidir de fondo el problema planteado, resulta forzoso extender el análisis a los apartes de la norma que derivan la punibilidad de la cantidad de sustancia que es objeto del delito de “tráfico, fabricación o porte”, comoquiera que la cantidad de estupefaciente es un elemento determinante para demarcar los límites entre una actividad lícita y una ilícita.

6. Hecha esta precisión, el problema que la Corte debe resolver consiste en establecer si quebranta la Constitución, en particular los contenidos de los artículos 1, 2, 5, 13, y 16, la norma que penaliza de manera general<sup>9</sup>, el tráfico, fabricación o porte de sustancias estupefacientes, sicotrópicas, o drogas sintéticas prohibidas, sin que se hubiese excluido expresamente de los efectos de la norma, el porte de dosis para el uso personal.

Para resolver el problema jurídico planteado la Corte: (i) se referirá a la evolución legislativa y jurisprudencial en materia de tratamiento del porte de dosis personal de sustancia estupefaciente; (ii) se detendrá en los precedentes establecidos por la Corte Constitucional en la materia, en especial, en las sentencias C-221 de 1994, C-574 de 2011 y C-882 de 2011; (iii) reseñará la posición que ha sostenido la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el porte de dosis personal; y (iv) en ese marco se pronunciará sobre la demanda.

7. El artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o “Estatuto Nacional de Estupefacientes”, definió en su literal j), que se considera dosis para uso personal “la cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo”. En tal sentido prescribió como “dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o de cualquier sustancia a base de cocaína que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona que no exceda de dos (2) gramos”.

Aclaró el legislador en la misma disposición que “no es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad”.

8. Sobre este precepto la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-221 de 1994 declarándolo ajustado a la Constitución, “pues constituye un ejercicio de la facultad legislativa inscrito dentro de la órbita precisa de su competencia. Porque determinar una dosis para consumo personal, implica fijar los límites de una actividad lícita (que sólo toca con la libertad del consumidor), con otra ilícita: el narcotráfico que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables”<sup>10</sup>.

9. De otra parte, el mismo Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30/86) en el artículo 5111 erigió en contravención el porte, conservación para el consumo o consumo de cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis personal, e impuso pena de arresto entre 30 días y un año, dependiendo de si se era o no reincidente, e internamiento forzado para quien fuere dictaminado como drogadicto.

10. Examinada la constitucionalidad de este precepto en la sentencia C-221 de 1994, la Corte lo encontró contrario a los principios de dignidad humana y de autonomía individual. Al

respecto precisó:

“Es el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto que digna (artículo 1o. de la C.P.), es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena”.

(...)

“El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir 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”.

(...)

“Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Si la persona resuelve, por ejemplo, dedicar su vida a la gratificación hedonista, no injerir en esa decisión mientras esa forma de vida, en concreto, no en abstracto, no se traduzca en daño para otro. Podemos no compartir ese ideal de vida, puede no compartirlo el gobernante, pero eso no lo hace ilegítimo. Son las consecuencias que se siguen de asumir la libertad como principio rector dentro de una sociedad que, por ese camino, se propone alcanzar la justicia”.

“Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales”.

11. Con posterioridad a la despenalización del porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas mediante la Sentencia C-221 de 1994, se presentaron varios intentos de reforma constitucional, ya sea por intermedio del trámite del referendo constitucional del artículo 378 de la C.P., o por el mecanismo ordinario mediante acto legislativo, previsto en el artículo 375 de la C.P. Las primeras propuestas se enfocaron en la modificación del artículo 16 de la C.P., que contempla el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Estas iniciativas pretendían sancionar la conducta con penas distintas a las privativas de la libertad, para garantizar los derechos individuales y colectivos y se enfocaban a defender los derechos de los niños.

A partir del año 2007, tal como aparece documentado en la sentencia C-574 de 2011, las diferentes iniciativas de reforma se enfocaron, ya no en el artículo 16 de la C.P., sino el 49 superior, norma esta que consagra el derecho a la salud. El cambio de perspectiva se fundamentó en las sentencias dictadas por la Corte Constitucional que han señalado que la

farmacodependencia es una enfermedad y que por ende no se puede tratar al adicto como un delincuente, sino como un enfermo<sup>13</sup>.

12. En el año 2009 se propuso la reforma al artículo 49 de la C.P., iniciativa que se materializó en el Acto Legislativo 02 de 2009. Su propósito fundamental fue el de establecer sanciones no privativas de la libertad para el porte y el consumo de estupefacientes en lugares públicos, prohibición que se conjugaría con campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de la recuperación de los adictos.

En la exposición de motivos de esta reforma constitucional, y en el curso de los debates<sup>14</sup>, insistentemente se hizo referencia a que la iniciativa no pretendía penalizar con medida privativa de la libertad al consumidor, sino acompañarlo con alternativas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas que le ayudaran a él y a su familia a superar sus dificultades<sup>15</sup>. Esto, en contraste con la Ley 30 de 1986 donde el porte y el consumo de cualquier estupefaciente eran penalizados. Así mismo, en este proyecto el Gobierno propuso que el legislador fuera el encargado de reglamentar cómo se harían efectivas las medidas especiales para quienes sean detenidos o capturados consumiendo sustancias estupefacientes o portando dosis compatibles con el uso personal, distinguiéndolos de aquellos que portan las sustancias prohibidas con fines de provecho económico ilícito<sup>16</sup>.

13. El texto aprobado mediante el Acto Legislativo 02 de 2009 para reformar el artículo 49 de la Carta, en lo pertinente, establece:

ARTÍCULO 1o. El artículo 49 de la Constitución Política quedará así:

(...)

“El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, 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.”

La prohibición del artículo 49 de la Constitución, no ampara la penalización del porte y consumo de estupefaciente en dosis mínima

14. En la sentencia C-574 de 2011, a partir de una interpretación sistemática de los nuevos incisos introducidos por el Acto Legislativo 02 de 2009 en el contenido del artículo 49, con el resto de este precepto superior, y con otros principios del texto fundamental que inciden en su alcance, la Corte llegó a las siguientes conclusiones:

“5.2.9. Teniendo en cuenta la interpretación sistemática del inciso sexto con el resto del artículo 49 de la C.P. se desprenden varias conclusiones:

i. Que la prohibición del porte y consumo de estupefacientes y sustancias sicotrópicas para el sometimiento a medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico, terapéutico con el consentimiento informado del adicto, se correspondería con el deber de procurar el cuidado integral de la salud de la persona y de la comunidad, contenido en el inciso quinto del artículo.

ii. Que no solamente se establecen las medidas pedagógicas, administrativas y terapéuticas para el adicto que consienta de forma informada someterse a dichas medidas y tratamientos, sino que el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia, con el desarrollo permanente de campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y a favor de la recuperación de los adictos.

iii. Por último, que el sometimiento a las medidas y tratamientos para los adictos y dependientes que porten y consuman sustancias estupefacientes y sicotrópicas, y que consientan de manera informada someterse a las medidas y tratamientos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, deberá proveerse por parte del Estado o por los particulares o por parte del sistema de salud de acuerdo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

5.2.10. En cuanto a la interpretación del inciso sexto del artículo 49, con el resto de la Constitución, se tiene que tener en cuenta que dicho apartado, que está inserto en el derecho a la salud, se debería corresponder con un concepto amplio de dignidad que implique la autodeterminación (artículo 1), con el derecho a la vida y con el deber del Estado de protegerla (art. 11 e inciso segundo del artículo 2º), con la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás (inciso tercero del artículo 44), con la protección y la formación integral del adolescente (artículo 45), con la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos a quienes se les prestará la atención especializada que requieran (art. 47)<sup>17</sup>; con el mismo derecho a la salud y saneamiento ambiental (art. 49) y con el numeral primero de los deberes del artículo 95 que establece que toda persona tiene el deber de “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”<sup>18</sup>

15. En la sentencia C-882 de 2011 la Corte Constitucional se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad en contra de los dos incisos finales del artículo 1º del Acto Legislativo 02 de 2009, que reformó el artículo 49 de la Constitución. Consideró el ciudadano demandante que se había omitido la consulta previa a comunidades indígenas, prevista en el Acuerdo 169 de la OIT, en relación con medidas legislativas que afectaban directamente estas comunidades. Sostuvo que la prohibición del porte y consumo de sustancias sicotrópicas, desconoció el uso y consumo de estas sustancias como parte de las tradiciones de las comunidades indígenas, y por lo tanto impuso una restricción que evidentemente afecta ámbitos propios de estos grupos, en particular, el derecho a la identidad cultural.

15.1. La Corte declaró exequibles los preceptos acusados al concluir que la prohibición sobre el porte y consumo de sustancias sicotrópicas o estupefacientes “no es oponible a las comunidades indígenas ni es susceptible de limitar o restringir sus prácticas tradicionales ligadas a la hoja de coca”. En consecuencia, “el Acto Legislativo 02 de 2009 no debía serles consultado antes del trámite legislativo respectivo”.

La conclusión de la Sala sobre la no afectación directa se basa en que de acuerdo con los antecedentes legislativos y la ubicación de la reforma en el texto constitucional, el Acto Legislativo 02 de 2009 prohíbe el porte y consumo de sustancias estupefacientes -incluida la hoja de coca- y sicoactivas con el propósito exclusivo de atacar la drogadicción como un problema de salud pública. Por tanto, esta prohibición, desde el punto de vista teleológico y sistemático, “no es aplicable a las comunidades indígenas, pues el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en estas comunidades no está asociado a la drogadicción ni conlleva problemas de salud para sus miembros. Como se explicó en apartes previos, el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en las comunidades indígenas hace parte de sus costumbres ancestrales, es decir, es una práctica protegida por los derechos a la identidad cultural y a la autonomía de los pueblos indígenas y, por tanto, amparada por el principio de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural”.

En consecuencia, dijo la Corte “afirmar que los indígenas “son adictos o contribuyen al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes como causa de la drogadicción” sería desconocer el valor cultural de la práctica y constituiría un atentado directo contra sus derechos a la identidad étnica y cultural y a la autonomía. Por estas razones, debe concluirse que el Acto Legislativo no es aplicable a las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas ligadas a la hoja de coca”.

Adicionalmente consideró que el acto legislativo censurado “debe leerse en conjunto con los preceptos constitucionales que introducen y desarrollan el principio de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural, así como los derechos de los pueblos indígenas a la integridad étnica y cultural y a la autonomía. Estas últimas disposiciones constitucionales, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, implican que las prácticas, costumbres y decisiones autonómicas de las comunidades indígenas solamente pueden ser limitadas por valores y principios constitucionales de mayor monta”. Y en ese orden de ideas, las preocupaciones de salud pública que inspiraron el acto legislativo no resultan suficientes para limitar las prácticas culturales de nuestros pueblos indígenas, puesto que el uso de la hoja de coca en las comunidades indígenas no constituye un problema de drogadicción, ni existe evidencia de que contribuya al tráfico ilícito de la planta como causa del mismo problema a nivel más general.

Sobre esa base argumentativa la Corte declaró exequible el Acto Legislativo 02 de 2009 por el cargo de omisión de consulta previa.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el porte y consumo de dosis mínima de estupefaciente

16. Cabe recordar, que la interpretación reiterada de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones constituye derecho viviente<sup>19</sup> el cual cumple con el cometido de delimitar el contenido normativo de las disposiciones sometidas a control constitucional. En esa medida, la interpretación que ha hecho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el estado actual del tratamiento político criminal al porte de sustancia estupefaciente en cantidad considerada como dosis personal, resulta relevante para establecer el verdadero alcance de la norma de derecho que va a ser confrontada con la Constitución.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su labor de intérprete

autorizado de la ley penal, ha desarrollado un precedente en materia de tratamiento político criminal del porte de dosis personal de sustancia estupefaciente. Dicho precedente se encuentra consignado fundamentalmente en las sentencias proferidas dentro de los procesos 23609 de 200720, 28195 de 200821, 31531 de 200922 y 35978 de 2011. A continuación se reseñan las reglas establecidas en el mencionado precedente.

17. Desde 1991, ese alto tribunal había establecido los límites para definir la figura de la dosis personal, instituida en el sistema penal colombiano desde la Ley 30 del año 1986, afirmando que “no será dosis personal la que ‘exceda’ de la cantidad que de modo expreso se señala, tampoco la que aún por debajo del tope fijado, no se halle destinada al ‘propio consumo’, ni la que tenga por destinación su distribución o venta”<sup>23</sup>.

18. Luego de la sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional, a partir de la cual se dejó de considerar delictivo el porte de sustancias estupefacientes destinadas para el consumo personal de acuerdo con las cantidades prescritas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, la Sala de Casación Penal emitió varias decisiones en las que no estimó punible el porte de las sustancias allí enumeradas, entre ellas la producida (marzo de 1996) en el trámite de casación radicado bajo el No. 1.1177.

19. En recientes pronunciamientos, ha reiterado el tribunal de casación que el bien jurídico que protege el tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal (Ley 599 de 2000), antes previsto en la Ley 30 de 1996, es el de la salud pública. Sin embargo también ha dicho que se trata de un tipo penal pluriofensivo que propende igualmente por la protección del orden socio-económico, e indirectamente de la administración pública, la seguridad pública, la autonomía personal y la integridad personal.

19.1. Ha indicado al respecto que “si bien el legislador no le ha otorgado discrecionalidad al juez para modificar las cantidades previstas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30/86, en orden a su punibilidad, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto para la dosis personal marca una pauta importante para fijar la ponderación del bien jurídico en orden a su protección.”<sup>24</sup>

El criterio general que se aplica en la jurisprudencia actual para determinar si la conducta cae dentro del nivel de tolerancia de la dosis personal o si resulta punible, es el siguiente: “si el porte de la sustancia es realizado por una persona farmacodependiente en la calidad y cantidad definida en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, la conducta se considera impune por las razones esgrimidas en la sentencia C- 221 de 1994, pero si se superan los límites definidos como dosis personal, la conducta debe ser sancionada penalmente con independencia de si se es adicto o no”<sup>25</sup>.

19.2. No obstante, la jurisprudencia especializada ha admitido en ocasiones, que luego de analizadas las circunstancias particulares de cada caso, es posible llegar a la conclusión de que un comportamiento carece de relevancia penal, según lo estipulado en el artículo 11 de la ley 599 de 2000 (principio de antijuridicidad material), siempre y cuando se haya demostrado que sólo podía repercutir en el ámbito de la privacidad de quien consume la sustancia y se trate de una dosis personal, o que no supere esa cantidad de manera

importante.

Así lo consideró en una decisión<sup>26</sup> en la que el procesado portaba 1.3 gramos de cocaína superando ligeramente el tope permitido, la Corporación, acudiendo al principio de lesividad como legitimador y limitador del poder sancionador del Estado, indicó que en relación con el comportamiento estudiado en esa providencia, “no se requiere de mayores argumentos para advertir que se trata de un porte de sustancia estupefaciente en pequeña cantidad, la cual de manera escasa sobrepasó la denominada dosis personal máxima presuntiva”, motivo por el cual concluyó la falta de lesividad de la acción y por tanto que esa conducta no comportaba la calificación como delito, debiéndose absolver al procesado.

Este mismo criterio fue aplicado en la casación 29183 de 2008 en un caso en el que el acusado portaba una cantidad de marihuana que superaba en 9 gramos la dosis permitida, se optó por su absolución en consideración a que las particularidades del hecho llevaban a señalar que la acción del acusado hacía parte de su fuero interno, en donde el Estado no podía intervenir para obligarlo a preservar su propia salud. Allí se señaló:

“La tipicidad de la conducta (desvalor de acción), no tiene discusión en este caso, pues de conformidad con el artículo 376 del Código Penal, incurre en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia.

Pero, lo que no se demuestra en la actuación es que los bienes jurídicos tutelados con el tipo penal referido (salud pública, seguridad pública, orden económico y social), hayan sido afectados con la posesión de 9,9 gramos que por encima de la dosis personal tenía en su poder el acusado, de quien se sabe es un consumidor habitual, un adicto, que no ejecutaba actividades de distribución o venta del alucinógeno”.

19.3. Es decir que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los límites de ilicitud penal en lo que a porte, tráfico o fabricación de estupefacientes se refiere, se definen así: “cuando se trata de cantidades de drogas ilegales, comprendidas inclusive dentro del concepto de la dosis personal, destinadas no al propio consumo sino a la comercialización o, por qué no, a la distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege; lo que no acontece cuando la sustancia (atendiendo obviamente cantidades insignificantes o no desproporcionadas), está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problemas de dependencia, evento en el que no existe tal incidencia sobre las categorías jurídicas que el legislador pretende proteger”<sup>27</sup>. (Destaca la Sala).

20. Luego del Acto Legislativo 02 de 2009 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre las dudas surgidas en la comunidad jurídica acerca de si la prohibición constitucional del porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, salvo prescripción médica, introducida en el artículo 49 superior, unida a la nueva configuración del artículo 376 del Código Penal establecida por el artículo 11 de la Ley 1453

de 2011, que suprimió de su texto la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal”, implicaba la penalización del porte de estupefacientes en cualquier cantidad, y por ende la punición del porte de dosis para uso personal.

“A pesar de la reforma constitucional a través del Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación del artículo 376 del Código Penal mediante el artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana, es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, esto último de acuerdo con el desarrollo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema.

Lo anterior, en razón al respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y a la ausencia de lesividad de conductas de porte de estupefacientes encaminadas al consumo del adicto dentro de los límites de la dosis personal, pues éstas no trascienden a la afectación, siquiera abstracta, del bien jurídico de la salud pública, el cual es el que principalmente protege el tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal.

No puede pasarse por alto que la sanción penal contenida en los artículos 376 y siguientes de dicho estatuto, es producto del compromiso adquirido por Colombia a través de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas aprobada mediante Ley 67 de agosto 23 de 1993, cuyo proceso de revisión constitucional se hizo en sentencia C-176 de 1994, la cual impone a los Estados parte, la tipificación de comportamientos que tengan que ver con el comercio de estas sustancias, siendo esta su principal finalidad, más no la sanción para el consumidor, pues dicha cuestión se dejó a reserva de cada Estado de acuerdo con sus principios constitucionales<sup>29</sup>, siendo lo que se ajusta a nuestro orden interno, aquella posición que propende por la no sanción del porte de sustancias por parte del adicto para su consumo en las cantidades fijadas por nuestro legislador, postura sentada desde el año 1994 en la tantas veces mencionada sentencia C- 221<sup>30</sup>. (Se destaca.

En conclusión, la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia sobre el tratamiento al porte de sustancia estupefaciente en cantidad considerada como dosis personal, ha establecido las siguientes reglas: (i) El concepto de dosis personal y su regulación prevista en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986 continúan vigentes; (ii) en casos de porte de sustancias prohibidas en cantidad de baja significación es preciso analizar si la conducta reviste relevancia penal por concurrir la exigencia de antijuridicidad material (Art. 11 C.P. lesividad), es decir si reviste idoneidad para afectar el bien jurídico de la salud pública, o si se trata de un acto que solo concierne al fuero individual del portador; (iii) cuando se trata del porte, tráfico o fabricación de estupefacientes en cantidades comprendidas dentro del rango de dosis personal, destinadas no al consumo sino a su comercialización e incluso a su distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege; (iv) cuando la sustancia, atendiendo cantidades insignificantes o no desproporcionadas, concepto que incluye la dosis personal, está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problema de narcodependencia, no concurre el presupuesto de la antijuridicidad en tanto no se afectan los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger; (v) A pesar de la prohibición introducida por el Acto Legislativo 02 de 2009 (Art. 49 C.P.), y de la modificación al artículo 376 del Código Penal efectuada por el

artículo 11 de la Ley 1153 de 2011, es posible tener por impune el consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, previa valoración del criterio de lesividad o antijuridicidad material.

Análisis de constitucionalidad de artículo 376 del Código Penal modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011

21. De acuerdo con la demanda presentada por el ciudadano David Delgado Vitery, el hecho de que el legislador de 2011 hubiese suprimido la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal” de la configuración del tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes descrito en el artículo 376 del Código Penal, conduce a una nueva penalización del porte de cualquier droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis para uso personal. Con ello se vulnerarían varias disposiciones constitucionales, en particular los artículos 1, 2, 5, 13 y 16, que erigen al ser humano como eje fundamental de la configuración del estado social y democrático de derecho, y sustraen del ámbito de regulación penal actos que sólo concierne a su fuero personal, y respecto de los cuales sólo caben medidas profilácticas y de protección.

Aunque para el ciudadano demandante la reinstauración de la penalización del porte de dosis personal de estupefaciente se cristaliza en la expresión “lleve consigo”, contenida en el artículo 376 del C.P., la Corte decidió extender el análisis a la integridad del precepto por las razones consignadas en los fundamentos jurídicos 3, 4 y 5 de esta sentencia.

22. Para abordar el estudio de constitucionalidad es preciso hacer referencia al alcance de la norma, en el marco del Acto Legislativo 02 de 2009 y la interpretación autorizada que la jurisprudencia especializada ha hecho de dicho precepto.

El texto de la disposición es el siguiente:

Artículo 11. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El artículo 376 de la Ley 599 de 2000 quedará así<sup>31</sup>:

Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

22.1. Mediante el tipo delictivo del 376 se penalizan varias conductas a través de las cuales se incurre en el tráfico, fabricación o porte de sustancias estupefacientes. En ese orden de ideas se introducen en la norma una amplia gama de verbos rectores que a juicio del legislador describen conductas potencialmente idóneos para afectar el bien jurídico que la norma protege: (i) introducir al país, así sea en tránsito; (ii) sacar del país; (iii) transportar; (iv) llevar consigo; (v) almacenar; (vi) conservar; (vii) elaborar; (viii) vender; (ix) ofrecer; (x) adquirir; (xi) financiar; o (xii) suministrar a cualquier título. Esta pormenorizada enumeración de conductas alternativas concurren en últimas, a estructurar alguna de las hipótesis con las que se identifica el tipo delictivo: “El tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”.

22.2. Todas las hipótesis de conducta están referidas a sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas.

Los “estupefacientes” son definidos, de manera general, como “aquellas sustancias narcóticas que hacen perder la sensibilidad como la morfina o la cocaína” 32. Sobre el particular la Ley 30 de 1996 - Estatuto Nacional de Estupefacientes - estableció en el literal b) del artículo 2º que Estupefaciente “Es la droga no prescrita médicamente, que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo dependencia”.

Sobre la remisión que la norma penal hace a los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, conviene precisar que, tradicionalmente, en los instrumentos de lucha internacional contra el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, se han establecido tres tipos de listas: la lista amarilla (estupefacientes), la lista verde (sicotrópicos) y la lista roja (precursores).

En la Convención de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1971 se enuncian aquellas sustancias en cuatro listas. En la Lista I, por ejemplo, la Brolanfetamina, la Catinona y la Eticlidina; en la Lista II, por ejemplo, las Anfetaminas, la Dexantafetamina; en la lista III, por ejemplo, la Amorbarbital, Butalbital, Catina; en la lista IV, por ejemplo, la Alprozolam, Clorazepato<sup>35</sup>.

De modo que el objeto material sobre el cual recaen las conductas alternativas que la descripción penal contiene son las sustancias estupefacientes y las sustancias sicotrópicas o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas.

22.3. En los incisos 2º y 3º del precepto analizado, para efectos de la graduación de la consecuencia punitiva, la norma destaca ciertas sustancias estupefacientes o psicotrópicas como la marihuana, el hachís, la cocaína, las sustancias estupefacientes a base de cocaína, los derivados de la amapola, las drogas sintéticas, el nitrato de amilo, la ketamina, y el GHB. Acoge el criterio de la cantidad de sustancia objeto del tráfico, fabricación o porte, como parámetro de graduación punitiva, estableciendo tres categorías de reproche, así:

(i) Una pena privativa de la libertad atenuada (inc. 2º) que oscila entre 64 y 108 meses de prisión, cuando la conducta recae sobre marihuana que no exceda de 1.000 gramos; hachís que no exceda de 200 gramos; cocaína o sustancia estupefaciente a base de cocaína que no exceda de 100 gramos; derivados de la amapola que no exceda de 20 gramos; drogas sintéticas que no excedan de 200 gramos; nitrato de anilo, ketamina y GHB que no exceda de 60 gramos.

Una interpretación literal del precepto permite sostener que en este rango quedarían comprendidas las hipótesis a que se refiere el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986 (dosis para uso personal).

(ii) Una segunda categoría, también atenuada pero en un grado menor (inc. 3º), cuya pena oscila entre 96 y 144 meses, se aplica cuando la conducta recae sobre las mismas sustancias pero excediendo los topes allí previstos, sin que sobrepase los 10.000 gramos en el caso de la marihuana; los 3.000 gramos en el caso del hachís; los 2.000 gramos si se trata de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína; los 60 gramos de derivados de la amapola; los 4.000 gramos en el caso de la droga sintética; los 500 gramos tratándose de nitrato de amilo, ketamina; y GHB.

(iii) La hipótesis más severa (inc. 1º), que establece una pena privativa de la libertad que va entre 128 y 360 meses, aplicable cuando la conducta recae sobre las mismas sustancias prohibidas y supera los topes allí establecidos, es decir, más de 10.000 gramos de marihuana; más de 3.000 gramos de hachís; más de 2.000 gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína; más de 60 gramos de derivados de la amapola; más de 4.000 gramos de droga sintética; más de 500 gramos tratándose de nitrato de amilo, ketamina; y GHB.

23. Si se compara la configuración que hizo el legislador de 2000 (Ley 599) del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, con la descripción que introdujo el legislador de 2011 a través de la Ley 1453 de ese año, se encuentra que las modificaciones atañen a los siguientes aspectos: (i) Se suprimió, como lo destaca el demandante la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal”; (ii) la denominación del objeto material se hizo más específica y descriptiva en cuanto de la expresión “droga que produzca dependencia” se pasó a la de “sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas”; (iii) incrementó significativamente las penas privativas de la libertad y pecuniarias<sup>36</sup>; (iv) incluyó expresamente en las modalidades de los incisos 2º y 3º otras drogas prohibidas como el nitrato de amilo, la ketamina y el GHB.

Se advierte entonces que el alcance de la modificación introducida por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, fue más allá de la supresión de la expresión que echa de menos el demandante, en la medida que endureció significativamente la reacción penal para el ilícito, a la vez desarrolla la pretensión de armonizar el alcance del objeto material sobre el cual recae la prohibición (sustancias prohibidas) con las regulaciones internacionales que se han efectuado sobre la materia, sin excluir aquellas sustancias que presentan relevancia en el plano nacional en razón a la experiencia local en este ámbito de la criminalidad.

24. Efectuadas así algunas necesarias precisiones sobre el alcance del precepto objeto de control, debe la Corte definir si la exclusión por parte del legislador del segmento normativo “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal” contenida en la versión original del artículo 376 del Cod. P., unida al hecho de que varias de las conductas alternativas prescritas en la norma llevan implícita la acción de portar o conservar sustancia estupefaciente, es manifestación de un criterio político criminal orientado a reimplantar en el orden jurídico colombiano la penalización del porte o conservación de sustancia estupefaciente o psicotrópica en dosis considerada como de uso personal, opción declarada inexecutable en la sentencia C-221 de 1994.

“j) Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo.

Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos”.

Esta norma fue examinada por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994 y declarada executable por considerar que constituye un legítimo ejercicio de la facultad legislativa, inscrito dentro de la órbita precisa de su competencia. La norma se limita a fijar los límites entre una actividad lícita que sólo toca con la libertad del consumidor, y otra ilícita, como es el narcotráfico que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables.

24.2. De modo que el concepto de dosis personal, corresponde a una categoría jurídica que se encuentra vigente y regulada en el orden jurídico colombiano, respecto de la cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha efectuado notables desarrollos en los que ha declarado la no punibilidad del porte de sustancias estupefacientes en cantidades de baja significación. Para el efecto, ha relacionado los principios constitucionales de dignidad, libertad y libre desarrollo de la personalidad, con categorías penales como la ausencia de lesividad material de estas conductas, toda vez que se trata de comportamientos que carecen de relevancia para la afectación de los bienes jurídicos que protege el tipo penal del artículo 376, que trascienden la salud pública, alcanzando otros valores como la seguridad pública y el orden económico y social.

Es preciso aclarar que la dosis personal es un concepto objetivo que hace referencia a la cantidad de sustancia estupefaciente que, de conformidad con una presunción legal, es la que resulta compatible con el consumo personal, y por ende no está destinada a la comercialización o distribución. En consecuencia, no forma parte de este concepto la

condición personal de quien la “porta o conserva” en dosis mínima; es decir que resulta irrelevante para la configuración del concepto de dosis personal, la condición de adicto<sup>37</sup>, consumidor habitual, o consumidor ocasional. En este sentido la Corte prohíja el planteamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que: “(...) cuando se trata de cantidades de drogas ilegales, comprendidas inclusive dentro del concepto de la dosis personal, destinadas no al propio consumo sino a la comercialización o, por qué no, a la distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege; lo que no acontece cuando la sustancia (atendiendo obviamente cantidades insignificantes o no desproporcionadas), está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problemas de dependencia, evento en el que no existe tal incidencia sobre las categorías jurídicas que el legislador pretende proteger”<sup>38</sup>. (Destaca la Sala).

24.3. La aprobación del Acto Legislativo 02 de 2009, no modificó esta realidad jurídica, comoquiera que, tal como quedó establecido en el fundamento jurídico 14 de esta providencia, la prohibición del porte y consumo de estupefacientes establecida en los incisos 6º y 7º del artículo 49 de la Constitución, no conlleva a su penalización. Las medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, prescritas en el precepto constitucional, para el tratamiento del enfermo o adicto a las sustancias estupefacientes, las cuales deben contar con su consentimiento informado, lejos de ubicarse en el ámbito represor y punitivo del derecho penal, son desarrollo del deber de procurar el cuidado integral de la salud de la persona y de la comunidad, contenido en el inciso quinto de la misma disposición.

Se trata de medidas orientadas a reforzar el mandato de optimización de la atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia, mediante el desarrollo permanente de campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes, y a favor de la recuperación de los adictos. El Estado y los particulares, a través del sistema de salud, regido por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, debe proveer a la aplicación de las medidas y tratamientos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, a favor de los adictos y dependientes que porten y consuman sustancias estupefacientes y sicotrópicas, y que consientan de manera informada en someterse a ellas.

25. La precisión efectuada en los apartes anteriores resultaba necesaria para concluir que la supresión de la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal” del tipo penal de “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”, tal como fue descrito por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, no puede interpretarse como una nueva penalización del porte y consumo de sustancias estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, en cantidad considerada como “dosis personal” al tenor del artículo 2º literal j) de la Ley 30 de 1986. A esta conclusión se llega con fundamento en que subsisten en el orden constitucional los mandatos (Arts. 1º y 16 C.P.) que condujeron a la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley 30 de 1986 en la sentencia C- 221 de 1994. La introducción de los incisos 6 y 7 del artículo 49 de la C.P. por el Acto Legislativo 02 de 2009, no establece un nuevo parámetro constitucional que permita la penalización del porte y consumo de sustancia prohibida en cantidad considerada como dosis personal, comoquiera que contempla una prohibición seguida de medidas y tratamientos de orden pedagógico, profiláctico y terapéutico para el adicto, estrategias que lejos de amparar una opción

represiva para la persona narcodependiente, propenden por su atención, acompañamiento y rehabilitación.

26. En armonía con el anterior planteamiento, a efecto de definir el objeto normativo sobre el cual emitirá su pronunciamiento, esta Corte prohiará la interpretación efectuada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con el artículo 376 del Código Penal, en la versión modificada por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2001, según la cual:

“A pesar de la reforma constitucional a través del Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación del artículo 376 del Código Penal mediante el artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana, es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, esto último de acuerdo con el desarrollo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema.

Lo anterior, en razón al respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y a la ausencia de lesividad de conductas de porte de estupefacientes encaminadas al consumo del adicto dentro de los límites de la dosis personal, pues éstas no trascienden a la afectación, siquiera abstracta, del bien jurídico de la salud pública, el cual es el que principalmente protege el tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal”<sup>39</sup>

27. En conclusión, el concepto sobre dosis personal es una categoría vigente en el orden jurídico colombiano (Art. 2 j) Ley 30/86); la prohibición introducida en el artículo 49, inciso 6º y 7º, de la Constitución por el A.L. 02 de 2009, no modifica el parámetro constitucional que llevó a la Corte a declarar inexecutable la penalización del porte de sustancia estupefacientes en cantidad considerada como dosis personal; la interpretación efectuada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el artículo 376 del C.P., luego del A.L. 02 de 2009 y de la reforma introducida por la Ley 1453 de 2011, específicamente en relación con el porte de dosis personal, resulta razonable y acorde con los mandatos constitucionales, por lo que esta Corte la prohíja a efecto de definir el objeto normativo sobre el cual habrá de pronunciarse.

28. Como se ha indicado, para el demandante la configuración que el legislador de 2011 (Art. 11 de la Ley 1453) imprimió al artículo 376 del Código Penal, en la medida que excluyó de su tenor la expresión “salvo lo dispuesto para dosis personal”, conduce a la reinstauración de un tratamiento punitivo para el porte de la dosis personal de sustancia.

29. El artículo 376 del Código Penal, tal como fue modificado por el 11 de la Ley 1453 de 2011, norma que describe el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, no entraña vulneración a los principios de dignidad, orden justo, prevalencia de los derechos fundamentales, igualdad, ni a las cláusulas de libertad y autonomía individual, en los términos planteados por el demandante, toda vez que en su contenido normativo no se encuentra comprendido el porte de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética a las que alude el precepto, en cantidad considerada como dosis para uso personal.

Esta última situación se encuentra regida por normatividad que carece de contenido punitivo (Artículo 2º j) Ley 30 de 1986). El porte o conservación de dosis personal de estupefaciente es una conducta que no trasciende el ámbito personal, y en consecuencia no reviste la

idoneidad necesaria para afectar el bien jurídico complejo que se protege con el tipo penal de “Tráfico, fabricación y porte de estupefaciente”. La jurisprudencia de esta Corte, ha llamado la atención sobre la distinción que se debe establecer entre el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro, y el porte de dosis para el consumo personal, en cuanto aquel tiene una intensa capacidad de interferir derechos ajenos, en tanto que el último no trasciende el ámbito personal del individuo. Al respecto señaló en la sentencia C-420 de 2002:

“En cuanto a ello hay que decir que hay una amplia gama de derechos interferidos por el narcotráfico. Inicialmente la tipificación del tráfico de estupefacientes se ligó a la necesidad de proteger un bien jurídico en particular, la salud pública, postura esta que resultaba compatible con el deber que el constituyente impuso a toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunicad -Artículo 49, inciso final, de la Carta- y con el deber que le asiste a la persona y al ciudadano de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas -Artículo 95, numeral 2º-.

Pero luego ese ámbito de protección se amplió al punto que hoy ya no se trata sólo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública sino también la seguridad pública y el orden económico y social. Lo primero, porque la alta rentabilidad del narcotráfico ha permitido que se convierta en la alternativa de financiación de grupos de delincuencia organizada, armados y jerarquizados que desvirtúan la premisa del monopolio estatal de la fuerza como presupuesto de convivencia. Y lo segundo, porque en el tráfico de estupefacientes confluye cada vez más un desmedido ánimo de lucro, dispuesto a vencer todas las barreras, capaz de poner en circulación inmensos capitales y de generar inconmensurables riquezas que alteran dramáticamente las fuerzas económicas de los países afectados por ella.

De allí que en el narcotráfico no sólo se advierta menoscabo de bienes jurídicos que remiten a derechos ajenos, sino que confluyan también, de un lado, una indiferencia total por el daño causado a los titulares de tales derechos y, por otro, una capacidad corruptora que ha permitido incluso el cuestionamiento de los ámbitos de poder político interferidos por ella.

(...)

6. Esta postura es compatible con la línea jurisprudencial trazada por la Corte en la Sentencia C-221-94. En ese pronunciamiento se dejó claro que, para efectos de la despenalización que se dispuso, debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada como dosis de uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro pues los efectos del fallo únicamente se extendían a aquella actividad y no a ésta:

“En cuanto al literal j) del artículo 2o., también demandado, encuentra la Corte que se ajusta a la Norma Básica, pues constituye un ejercicio de la facultad legislativa inscrito dentro de la órbita precisa de su competencia. Porque determinar una dosis para consumo personal, implica fijar los límites de una actividad lícita (que sólo toca con la libertad del consumidor), con otra ilícita: el narcotráfico que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables.

...Cabe reiterar, entonces, que no afecta este fallo las disposiciones de la ley 30 del 86, relativas al transporte, almacenamiento, producción, elaboración, distribución, venta y otras similares de estupefacientes, enunciadas en el mismo estatuto”.

30. Una interpretación, en el sentido que el tipo penal del 376 incluye la penalización del porte y consumo de dosis de estupefaciente para uso personal, sería contraria al principio de proporcionalidad y prohibición de exceso en materia penal, el cual como lo ha entendido la jurisprudencia de esta corporación “implica un juicio sobre la idoneidad del tipo penal, en el sentido de que este último realmente apunte a la protección de un bien jurídico constitucionalmente garantizado. Así las cosas, todos los poderes públicos se encuentran constitucionalmente obligados a respetar el principio de idoneidad, en tanto que subprincipio de aquel de proporcionalidad<sup>40</sup>, en la creación o aplicación de la normatividad que permita la restricción de los derechos fundamentales y especialmente si se trata de asuntos criminales, incluso en mayor medida que en otras materias, ya que los tipos penales deben ser considerados desde la perspectiva de su funcionalidad, esto es, desde el punto de vista de los fines que persiguen”<sup>41</sup>.

Dado que como se ha admitido por la jurisprudencia de esta Corte (C-420 de 2002), acogida por la Corte Suprema de Justicia<sup>42</sup>, el bien jurídico que se protege con la penalización de las conductas constitutivas de narcotráfico está constituido no solamente por la salubridad pública, sino que alcanza otros intereses de la sociedad y el Estado como la seguridad pública y el orden económico y social, el porte o conservación de estupefaciente en dosis considerada para el consumo personal no reviste la idoneidad para afectar este bien jurídico complejo, en la medida que se trata de un comportamiento que no trasciende la órbita personal del individuo, y por ende carece de la potencialidad de interferir en los derechos ajenos, o en los bienes jurídicos valiosos para la vida en comunidad.

31. Tal como lo ha destacado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los precedentes citados en esta sentencia, pese a la supresión de la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis personal” del tipo penal bajo examen, el porte o conservación de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética en cantidad considerada como “dosis para uso personal”, no puede considerarse punible bajo la norma 376 del Código Penal., toda vez que no reviste la relevancia e idoneidad para afectar el bien jurídico complejo que se protege a través de este precepto, integrado por la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social.

32. De otra parte, y en lo que tiene que ver con la situación de la persona que ha alcanzado el grado de narcodependiente, tal como lo estableció la Corte en la sentencia C-221 de 1994, y ha sido ratificado en jurisprudencia posterior,<sup>43</sup> el adicto es un enfermo que debe ser objeto de medidas de protección y rehabilitación, ajenas al ámbito punitivo, que además, deben contar con su consentimiento informado. Esta perspectiva tuitiva fue ratificada por el Acto Legislativo 02 de 2009 que no obstante partir de una prohibición general al consumo y porte de sustancias psicoactivas, estableció para su tratamiento una serie de estrategias que se ubican en el ámbito del deber de procurar el cuidado integral de la salud de la persona y de la comunidad, contenido en el inciso quinto del artículo 49 de la Constitución.

Como se indicó en apartes anteriores, se trata de medidas orientadas a reforzar el mandato

de optimización de la atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia, a través del desarrollo permanente de campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes, y a favor de la recuperación de los adictos.

Decisión a proferir. Constitucionalidad condicionada

34. Tal como se deriva de la demanda y de las precisiones efectuadas en esta providencia, la norma permite al menos dos interpretaciones: (i) La primera, de naturaleza literal, consistente en que las conductas alternativas previstas en el tipo penal de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes del 376, en la versión modificada por la Ley 1453 de 2011, incluye dentro de su ámbito la penalización del porte de las sustancias allí relacionadas en cantidad considerada como dosis para uso personal, en la medida que no hace ninguna salvedad al respecto; y (ii) La segunda, que toma en cuenta el contexto, los principios constitucionales en materia de configuración punitiva, y los antecedentes jurisprudenciales, según la cual la regulación del porte de dosis para uso personal no se encuentra dentro del ámbito normativo del 376, y por ende no está penalizada.

Ante dos interpretaciones plausibles, la Corte acogerá aquella que se aviene a los mandatos constitucionales y excluirá la que los contraviene. En consecuencia, declarará la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, en el entendido de que el porte de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética en cantidad considerada como dosis para uso personal, no se encuentra comprendido dentro de la descripción del delito de “tráfico, fabricación y porte de estupefaciente” previsto en esta disposición, y por ende no se encuentra penalizada.

No obstante, acogiendo el planteamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consignado en la sentencia 29183 de 2.008, la Corte deja en claro que cuando el porte o la conservación recae sobre sustancia estupefaciente sicotrópica o droga sintética, en cantidades comprendidas incluso dentro de la categoría de dosis personal, pero destinadas no al propio consumo sino a la comercialización, tráfico, e incluso a la distribución gratuita, la conducta será penalizada toda vez que tiene la potencialidad de afectar, entre otros bienes jurídicos, el de la salud pública. En consecuencia, el condicionamiento que se inserta en la parte resolutive de esta decisión deja intacta la posibilidad de que se penalicen las conductas consistentes en “vender, ofrecer, financiar y suministrar”, con fines de comercialización, las sustancias estupefaciente, sicotrópicas o drogas sintéticas, de que trata el artículo 376 del Código Penal, en cualquier cantidad.

## VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, el artículo 376 de la Ley 599 de 2000, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, en el entendido de que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al

consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

Con salvamento parcial de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con permiso

ADRIANA MARIA GUILLERN ARANGO

Magistrado (E)

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-491 DE 2012

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Improcedencia en norma que sanciona el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, aún en la dosis personal (Salvamento parcial de voto)

El condicionamiento según el cual, de la norma cuestionada (artículo 11 de la Ley 1453 de 2011) debe excluirse la penalización de la dosis de sustancia estupefaciente exclusivamente destinada al consumo personal, no debió incluirse en la parte resolutoria por cuanto podría dar al traste con la efectividad de las medidas derivadas de la prohibición que del “porte” y “consumo” de sustancias estupefacientes estableció el artículo 49 de la Constitución y el Acto Legislativo 1 de 2009, mediante el cual se pretende combatir el flagelo social generado por el incremento excesivo de los niveles de adicción que registra la población colombiana en los últimos tiempos. Se imponía como única decisión válida la declaratoria de exequibilidad pura y simple, bajo el entendido de que, la norma, en realidad, sí penalizó la dosis personal no destinada al consumo propio sino a la comercialización o a la distribución gratuita, perspectiva bajo la cual, según el “derecho viviente”, no ameritaba cuestionamiento alguno.

CONDICIONAMIENTO DE NORMA QUE SANCIONA EL TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES-Dificulta las acciones encaminadas a combatir el microtráfico (Salvamento parcial de voto)

Ref.: Expediente D-8842

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 “Por medio de

la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, y el Código de la Infancia y la Adolescencia, las reglas sobre la extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Mi salvamento parcial de voto respecto de la decisión de mayoría de declarar la exequibilidad condicionada del artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, obedece a las breves razones que expongo a continuación:

El demandante presentó cargos de inconstitucionalidad contra el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 alusiva al tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Argumentó que la expresión “lleve consigo” desconoce la dignidad de la persona humana, en tanto no garantiza la autonomía de la voluntad, ni el libre desarrollo de la personalidad.

Se concluyó que la norma en cuestión es exequible bajo el entendido que, el porte de la dosis dirigida a satisfacer el consumo personal no es el objeto de la controversia, mientras que sí lo es, el porte de estupefacientes, aun en las cantidades de la dosis permitida que se lleve con la finalidad de ser comercializada, sin embargo, para arribar a dicho entendimiento no era menester hacer la aclaración con la cual se resolvió el problema jurídico.

El condicionamiento según el cual, de la norma cuestionada debe excluirse la penalización de la dosis de sustancia estupefaciente, exclusivamente destinada al consumo personal, no debió incluirse en la parte resolutive por cuanto podría dar al traste con la efectividad de las medidas derivadas de la prohibición que del “porte” y “consumo” de sustancias estupefacientes estableció el artículo 49 de la Constitución y el Acto Legislativo 1 de 2009, mediante el cual se pretende combatir el flagelo social generado por el incremento excesivo de los niveles de adicción que registra la población colombiana en los últimos tiempos.

La declaratoria de exequibilidad pura y simple se imponía como única decisión válida bajo el entendido de que, la norma, en realidad, sí penalizó la dosis personal no destinada al consumo propio sino a la comercialización o a la distribución gratuita, perspectiva bajo la cual, según el “derecho viviente”, no ameritaba cuestionamiento alguno.

Con lo cual, además, se podría combatir a quienes se dedican a la “micro distribución” a gran escala quienes fácilmente burlarían la acción penal aduciendo que la droga que llevan consigo para comercializar o distribuir, es para el consumo personal, lo que en un escenario judicial, resultaría difícil de desvirtuar.

Con la certidumbre de que tal proceder sí es delictivo, el carácter disuasivo de la norma tendría no solo un efecto mayor sino que, además, en la práctica, evitaría evadir con facilidad la acción de la justicia. De otra parte, la no penalización de la dosis personal pero sí su prohibición mediante las condignas medidas preventivas del artículo 49 Constitucional pudo explicarse en la ratio para evitar mermar el valioso propósito que dicha norma ha pretendido, pero sin dejar de penalizar el proceder delictual indicado.

Fecha ut supra,

## GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 Cita la sentencia C-689 de 2002.

2 Este criterio ha sido acogido en la sentencia de casación proferida en el proceso No. 18.609. Reiterado en la en los asuntos radicados bajo los números 23.609 de 2007; 29.183 de 2008; 31531 de 2009; 29. 183 de 2008.

3 Casación 29.183 de 2008.

4 Artículo 2º literal j) de la Ley 30 de 1986 (Original si subrayas).

5 Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de 20 gramos; la de marihuana hachís que no exceda de 5 gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína que no exceda de 1 gramo, y de metacualona que no exceda de 2 gramos. (Literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986).

6 Decreto 2067 de 1991. Artículo 6. “El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo, y ordenará cumplir el trámite previsto en el inciso segundo de este artículo. La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales.”

7 Ver, entre otras, las sentencias C-221 de 1997, C-320 de 1997, C-010 de 2001, C-173 de 2001, C-813 de 2001, C-204 de 2001, C-251 de 2002, C-373 de 2002, C-642 de 2002, C-1031 de 2002, C-514 de 2004, C-591 de 2005.

8 Sentencia C-320 de 1997 MP: Alejandro Martínez Caballero reiterado en sentencia C-591 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández.

10 Recordó la Corte que, conforme a la Convención de Viena de 1988, suscrita por Colombia y que, conjuntamente con la ley 67 del 93, fue revisada por esta Corporación, (sent. C-176/94), dicho Instrumento Internacional establece la misma distinción mantenida en el presente fallo, entre consumo y narcotráfico, y que, con respecto al primero, deja en libertad de penalizarlo o no, a los Estados signatarios.

11 Artículo 51. “El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta Ley, incurrirá en las siguientes sanciones:

a. Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual.

b. Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero.

c. El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto.

La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de éste, a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva seccional de Medicina Legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquella.

El médico tratante informará periódicamente a la autoridad que haya conocido del caso sobre el estado de salud y rehabilitación del drogadicto. Si la familia faltare a las obligaciones que le corresponden, se le hará efectiva la caución y el internamiento del drogadicto tendrá que cumplirse forzosamente”.

12 En la sentencia C-574 de 2011, se realizó un pormenorizado recuento de los múltiples intentos de reforma constitucional que se han llevado a cabo con posterioridad a la sentencia C- 221 de 1994.

13 Luego de la sentencia C-221 de 1994, se ha desarrollado toda una línea sobre el particular. Así en la Sentencia T- 684 de 2002, se dijo lo siguiente: “En relación con la drogadicción crónica, la Corte Constitucional ha advertido que ésta es considerada como un trastorno mental o enfermedad psiquiátrica. Como regla general quien se encuentra en ese estado ve alterada su autodeterminación. Al ser esto así, se hace manifiesta la debilidad psíquica que conlleva el estado de drogadicción. En consecuencia, se puede afirmar que al estar probada esta condición, la persona que se encuentre en la misma merece una especial atención por parte del Estado en virtud del artículo 47 constitucional que contempla que el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran. En la medida en que se compruebe en una persona el estado de drogadicción crónica y la limitación que esta ha conllevado en su autodeterminación, es dable afirmar que en los términos del artículo antes reseñado esta persona es beneficiaria de los programas que el Estado a través de su Sistema de Seguridad Social en Salud debe haber adelantado, en la medida de lo posible y lo razonable, para su rehabilitación e integración. Es claro que dentro de nuestro Estado social de derecho existe este mandato de optimización a favor de las personas con estado de debilidad psíquica en virtud de su drogadicción crónica”. Así mismo en la Sentencia T- 760 de 2008, se estableció que se garantizará al adicto o su familia, la cobertura médica y psicológica para atender el problema de la drogadicción. Y en la sentencia T-814 de 2008, se dijo que, “la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y

autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado...”.

14 En el primer debate que se llevó a cabo en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes se aclaró desde un principio que el Acto Legislativo propuesto no penaliza el consumo o porte de estupefacientes y que por el contrario busca “medidas de protección coactiva”, que lejos de considerar a las personas como objeto de una política perfeccionista del Estado o como la imposición de un modelo de virtud, pretende su curación y rehabilitación. Igualmente se indica que no se trata de un proyecto de reforma constitucional para penalizar el porte y consumo de dosis mínima, ya que lo que se está proponiendo es la prohibición para la protección de las otras personas, por ejemplo cuando se trata del consumo y porte en sitios públicos como parques, plazas o colegios, y para proteger al mismo adicto, ya que se trata de un sujeto de “debilidad manifiesta”, que por sus problemas de drogadicción requieren atención y tratamiento médico especializado por parte del Estado. Se explica en el Informe de Ponencia para primer debate que “debe quedar muy claro que este Acto Legislativo no pretende penalizar la dosis personal sino prohibirla y acompañar a quienes sufren estados de alteración derivados del consumo de estupefacientes, de medidas de protección que conserven su dignidad y su vida. A través de estas medidas de protección previstas en el acto legislativo lejos de estimarse a las personas como objeto de una política perfeccionista del Estado o como la imposición de un modelo de virtud, se busca su curación y rehabilitación”. (Gaceta del Congreso No. 240 de 2009).

15 Así se constata en el informe de ponencia para quinto debate en el Senado en el que se consigna: “El consumo de sustancias psicoactivas constituye prioridad sanitaria para el país teniendo en cuenta que directa o indirectamente representan un alto riesgo para la salud individual, la salud pública y lo más grave de todo: la seguridad pública. La drogadicción es una enfermedad que consiste en la dependencia de sustancias psicoactivas que perturban el sistema nervioso central y las funciones cerebrales, produciendo alteraciones en el comportamiento, la percepción, el juicio y las emociones. Yendo más allá, este acto legislativo prohíbe el porte y el consumo de drogas, y para quienes las consumen en cantidades personales tiene previstas medidas pedagógicas y terapéuticas y para los adictos tiene previstas no penas sino medidas de protección coactiva. Es urgente aclarar las cosas y así evitar que siga haciendo carrera esa tesis en los medios y en la opinión pública conforme a la cual algunos parlamentarios y el Gobierno son PENALIZADORES y abogan por la PENALIZACIÓN de la dosis personal, pues no es cierto. Es necesario aclarar que el proyecto de acto legislativo que presentó el Gobierno Nacional y que pretende prohibir el porte y consumo de dosis personal de estupefacientes no establece una sanción penal, esto es, la fijación de una pena por la realización de una conducta reprochable, un delito; sino que, por el contrario, se limita a reconocer medidas pedagógicas o terapéuticas a los consumidores y para los adictos medidas de protección coactiva, en el entendido que estos constituyen un grupo marginado de la sociedad que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, es decir aquellas personas que por sus problemas de drogadicción, requieren atención y tratamiento médico especializado por parte del Estado. Por lo anterior, debe quedar muy claro que este acto legislativo no pretende penalizar la dosis personal sino prohibirla y acompañar a quienes sufren estados de alteración derivados del consumo de estupefacientes, de medidas de protección que conserven su dignidad y su vida. A través de estas medidas de protección

previstas en el acto legislativo lejos de estimarse a las personas como objeto de una política perfeccionista del Estado o como la imposición de un modelo de virtud, se busca su curación y rehabilitación. Las medidas de protección coactivas previstas en el acto legislativo a favor de los drogadictos no corresponden entonces a una reacción del Estado frente a una conducta reprochable ni al desarrollo de una política perfeccionista del ser humano, sino al cumplimiento del deber que le asiste de prestarle los servicios de rehabilitación a aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta lo requieran” (Gaceta del Congreso No. 782 del 26 de agosto de 2009). Este mismo espíritu que enfatiza el carácter pedagógico, o terapéutico, y no punitivo de las medidas adoptadas a favor de los consumidores que requieren atención y tratamiento médico especializado por parte del Estado, se hizo presente en todo el tránsito legislativo del proyecto de reforma constitucional, como se puede constatar en los antecedentes consignados en las Gacetas 240 de abril 24 de 2009; 313 de mayo 14 de 2009; 446 de junio 9 de 2009; 476 de junio 10 de 2009; 782 de agosto 26 de 2009; 1.144 de noviembre 10 de 2009; 1.182 de noviembre 11 de 2009 y 1.215 de noviembre 30 de 2009.

16 Gaceta No. 161 del 25 de marzo de 2009, citada en la sentencia C-574 de 2011. Fundamento Jurídico 5.1.9.

17 Este artículo ha sido citado en la jurisprudencia de tutela que reconoce el derecho a la salud de los farmacodependientes y que tratan a la drogadicción como una enfermedad. Por ejemplo en la Sentencia T-684 de 2010.

18 Sentencia C- 574 de 2011.

19 Ha sostenido esta Corporación que reconocerle valor jurídico al derecho viviente dentro del juicio de inconstitucionalidad de las leyes, esto es, a la labor interpretativa que de las normas realizan la jurisprudencia y la doctrina, y que determina su margen de aplicación en el contexto social, constituye una garantía de imparcialidad, efectividad y seguridad del examen que realiza la Corte, ya que permite establecer con claridad cuál es el verdadero alcance de la norma examinada, tomando conciencia clara de la regla de derecho que va a ser confrontada con la Constitución Política. Ello, bajo la consideración de que el control de constitucionalidad está llamado a cumplirse sobre el texto de la norma demandada que se encuentra produciendo efectos jurídicos y que es oponible a los destinatarios de la ley, y en ningún caso sobre aquellos contenidos que carecen de eficacia y que son del todo intrascendentes en el mundo del derecho. Por otra parte, la doctrina del derecho viviente evita que la Corte Constitucional se pronuncie sobre contenidos normativos eventuales e hipotéticos, al concentrar su atención en el sentido real de los preceptos controlados, lo cual evita el riesgo de declarar inexecutable disposiciones cuyo significado viviente es compatible con la Carta, lo cual representaría un ejercicio inadecuado de sus funciones. Para que una decisión judicial de los órganos que tienen asignada la función de interpretar con autoridad la ley adquiera el carácter de derecho viviente con incidencia en el proceso constitucional, debe reunir ciertos requisitos, cuales son: (i) debe ser consistente, aun cuando no sea idéntica y uniforme, y salvo que resulte abiertamente contradictoria, caso en el cual no puede hablarse de una regla normativa generalmente acogida; (ii) debe estar plenamente consolidada o afianzada, pues una sola opinión doctrinal o una decisión judicial de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción -Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, no alcanza a

conformar un criterio dominante de interpretación; (iii) debe ser relevante o significativa, en cuanto permita señalar el verdadero espíritu de la norma o determinar sus alcances y efectos. Finalmente, una interpretación judicial que constituya doctrina viviente debe ser ajustada a la Constitución, y en todo caso, como se sostuvo anteriormente, corresponde a esta Corporación excluir del ordenamiento jurídico aquellas interpretaciones contrarias al ordenamiento constitucional, aun cuando provengan de una autoridad judicial. (Sentencia C-442 de 2011 pp. 70).

20 En esta sentencia se resolvió el recurso extraordinario de casación frente a una condena en la que el procesado había sido capturado en posesión de 5 gramos de cocaína, los cuales estaban destinados para su personal consumo, la Sala afirmó la antijuricidad de la conducta apelando a las razones expuestas en la sentencia C 420 de 2002, concretamente a la pluriofensividad de las conductas descritas en el artículo 376 del Código Penal, a una de las cuales se ajustaba la endilgada al acusado por llevar consigo una cantidad superior de cocaína a la permitida como dosis personal.

21 En esta oportunidad se negó la exclusión de la antijuricidad de la conducta a un individuo que fue capturado en posesión de 38.7 gramos de marihuana, pues dadas las particularidades del caso, era posible concluir que ese estupefaciente no estaba destinado al consumo personal, sino a su distribución y por tanto, se concretaba el riesgo para el bien jurídico de la salud pública. No obstante, se admitió que luego de analizadas las circunstancias particulares de cada caso, es posible señalar que tal comportamiento carece de relevancia penal, según lo estipulado en el artículo 11 de la ley 599 de 2000 (principio de antijuricidad material), siempre y cuando se haya demostrado que sólo podía repercutir en el ámbito de la privacidad de quien consume la sustancia y se trate de una dosis personal, o que no supere esa cantidad de manera importante.

22 En esta sentencia se juzgó la conducta de un procesado acusado de portar 1.3 gamos de cocaína superando ligeramente el tope permitido. La Corporación, acudiendo al principio de lesividad como legitimador y limitador del poder sancionador del Estado, indicó que en relación con el comportamiento estudiado en esa providencia, “no se requiere de mayores argumentos para advertir que se trata de un porte de sustancia estupefaciente en pequeña cantidad, la cual de manera escasa sobrepasó la denominada dosis personal máxima presuntiva”, motivo por el cual concluyó la falta de lesividad de la acción y por tanto que esa conducta no comportaba la calificación como delito, debiéndose absolver al procesado.

23 Casación 4771 de julio de 1991.

24 Casación 18609 de 2005

25 Casación No. 35978 de agosto 17 de 2011.

26 Casación 31531 de 2009.

27 Casación 29183 de 2008.

28 Radicación 35978.

29 En el artículo 3º de la Convención, denominado Delitos y Sanciones, su artículo 2º

dispone: “A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971”.

30 Corte Suprema de Justicia. Radicación No.35978. Sentencia de agosto 17 de 2011.

31 Este artículo modificó el texto original del tipo penal de “Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes” que era del siguiente tenor: Artículo 376. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de dos (2) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

32 Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, Madrid, 2001, Tomo II

33 Tradicionalmente se han establecido tres tipos de listas dentro de los convenios internacionales: la lista amarilla (estupefacientes), la lista verde (sicotrópicos) y la lista roja (precursores). En la Convención de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1971 se listan aquellas sustancias en cuatro listas. En la Lista I por ejemplo la Brolanfetamina, la Catinona y la Eticiclidina; en la Lista II por ejemplo las Anfetaminas, la Dexantafetamina; en la lista III, por ejemplo la Amorbarbital, Butalbital, Catina; en la lista IV, por ejemplo la Alprozolam, Clorzepato.

34 Artículo 2º numeral 4.

35 La lista completa se puede consultar en: [http://guajiros.udea.edu.co/fnsp/cvsp/politicaspUBLICAS/convenio\\_viena\\_1971.pdf](http://guajiros.udea.edu.co/fnsp/cvsp/politicaspUBLICAS/convenio_viena_1971.pdf).

36 En la hipótesis más grave pasó de una pena privativa de la libertad de 8 a 20 años, a una que va entre 128 a 360 meses, y de una pena de multa de entre 1.000 a 50.000 SMLMV, a una de 1.334 a 50.000 SMLMV; en la modalidad moderadamente atenuada pasó de una pena privativa de la libertad de 6 a 8 años a una de 96 a 144 meses, y de una multa de 100 a 1.000 SMÑMV, a una de 124 a 1.500 SMLMV: y en la modalidad más atenuada pasó de 4 a 6 años como pena privativa de la libertad a una de 64 a 108 meses, y de una multa de 2 a 100 SMLMV, a una de 2 a 150 SMLMV.

37 De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte la adicción a las drogas se identifica con la

farmacodependencia o drogadicción y es considerada " una enfermedad que consiste en la dependencia de sustancias que afectan el sistema nervioso central y las funciones cerebrales, produciendo alteraciones en el comportamiento, la percepción, el juicio y las emociones" (Sentencia T-094 de 2011).

38 Casación 29183 de 2008.

39 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de agosto 17 de 2011. Radicación 35978.

40 González-Cuellar Serrano, N., Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid, Edit. Colex, 1990, p. 159.

41 Sentencia C-205 de 2003.

42 Sentencia de casación, radicación No. 29183 de 2008.

43 Entre otras, en las sentencias T-814 de 2008; T-760 de 2008; T-684 de 2002.

-----

-----

-----

-----