

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE PROHIBICION DEL PORTE Y CONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTROPICAS ESTABLECIDA EN EL ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2009-Inhibición para emitir pronunciamiento de fondo

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION-Reglas de competencia de la Corte Constitucional

CORTE CONSTITUCIONAL-Competente para establecer si el poder constituyente derivado o secundario asumió las funciones propias del constituyente originario o primario

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR SUSTITUCION-Término de caducidad

Sobre el término de caducidad de la acción por inconstitucionalidad por sustitución, se tiene que seguir lo que establecen los artículos 242.3 y el inciso final del artículo 379 de la C.P, sobre la caducidad de la acción pública de inconstitucionalidad. En el artículo 242.3 se dice que, “Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto” y en el inciso final del artículo 379 se establece que, “La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2º”.

PODER DE REFORMA EN MATERIA DE ACTOS LEGISLATIVOS-Límites competenciales/LIMITES COMPETENCIALES DE PODER DE REFORMA O INCONSTITUCIONALIDAD POR SUSTITUCION POR ACTO LEGISLATIVO-Evolución jurisprudencial

PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCION-Límites/JUEZ CONSTITUCIONAL-Debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad

Aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por

otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad.

LIMITES COMPETENCIALES DEL PODER DE REFORMA O INCONSTITUCIONALIDAD POR SUSTITUCION-Contenido y alcance

JUICIO DE INTANGIBILIDAD-Aplicación/JUICIO DE INTANGIBILIDAD-Derecho comparado

CONTROL JUDICIAL DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Desfiguración

Desfiguraría dicho control de sustitución (i) tratar la reforma constitucional como una ley de rango infraconstitucional que carece de fuerza jurídica para modificar la Constitución, (ii) elevar principios o reglas a normas intangibles que el órgano constituido titular del poder de revisión no puede tocar o reformar como si la prohibición de sustituir la Constitución equivaliera a la petrificación de una parte de la Constitución, (iii) anteponer al poder de revisión supuestos contenidos normativos supraconstitucionales intocables, (iv) efectuar una comparación entre contenidos específicos de la Constitución original y el contenido de la reforma como si el segundo no pudiera contradecir los primeros al reformarlos, (v) limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución original sin analizar si las enmiendas en su conjunto constituyen una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido remplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRAMITE DE ACTO REFORMATARIO DE LA CONSTITUCION-Parámetros normativos

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD, JUICIO DE INTANGIBILIDAD Y JUICIO DE SUSTITUCION-Diferenciación

CORTE CONSTITUCIONAL-Precedente sobre la posibilidad de conocer demandas contra Actos Legislativos por falta de competencia del órgano de revisión

CONTROL CONSTITUCIONAL CONTRA ACTOS LEGISLATIVOS-Pasos metodológicos que han de tenerse en cuenta para la realización del estudio de competencia del órgano reformador y la posible inconstitucionalidad por sustitución

## JUICIO DE SUSTITUCION-Metodología

El método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto. Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreducible a un artículo de la Constitución, – para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.

## JUICIO DE SUSTITUCION-Elementos a tener en cuenta

Los criterios que han sido fijados por la jurisprudencia en torno al concepto de sustitución de la Constitución son los siguientes: “a) El poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales; b) Por virtud de estos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta; c) Para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad; d) La Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello; e) El poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución; f) Sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal

sustitución. En consecuencia de lo anterior, se produce una sustitución de la Constitución, cuando la misma como un todo, es reemplazada por otra, caso en el cual se trataría de un sustitución total, o cuando un elemento esencial definitorio de su identidad es reemplazado por otro integralmente distinto, evento que daría lugar a una sustitución parcial”.

## PODER CONSTITUYENTE Y PODER DE REFORMA-Diferenciación

### CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS POR FALTA DE COMPETENCIA DEL ORGANO REFORMADOR O INCONSTITUCIONALIDAD POR SUSTITUCION-Evolución jurisprudencial

Sobre la evolución que se ha dado en la jurisprudencia de la Corte en materia de control de constitucionalidad de los Actos Legislativos por falta de competencia del órgano reformador o “inconstitucionalidad por sustitución”, se puede afirmar que han establecido una serie de criterios que han delineado los presupuestos a tener en cuenta para realizar este tipo de control y que pueden ser resumidos en los siguientes puntos: 1. Que por tratarse de una demanda por un vicio formal relacionada con la competencia, la Corte tiene que verificar que no se haya sobrepasado el término de caducidad de un año establecido en los artículos 242.3 e inciso final del artículo 379 de la C.P, y que la competencia en el análisis de la demanda estará únicamente determinada por los cargos establecidos en ella. 2. Que el juicio de sustitución no es un juicio de intangibilidad ni tampoco un juicio de un contenido material de la Constitución, ya que el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni verificar si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad. Por tal razón, la Corte debe comprobar que este elemento esencial es irreducible a un artículo de la Constitución o un límite material intocable por el poder de reforma, lo cual supone evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. 3. Que el concepto de sustitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido sentar unas premisas para avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. En este sentido se trata de un control de tipo inductivo y no deductivo, porque la Corte analizará en cada caso concreto si el principio estructural fue sustituido, pero al

mismo tiempo el precedente en torno a la definición del principio servirá para resolver si se presentó o no la sustitución de la Constitución en casos posteriores. 4. Que la sustitución de la Constitución puede ser total, parcial, temporal o definitiva. En todos los casos se debe analizar si la sustitución es de tal magnitud que se ha producido un cambio o reemplazo de la Constitución existente. 5. Que para determinar si la Constitución fue sustituida por otra - parcial, total, transitoria o permanentemente- se debe realizar el llamado "juicio o metodología de la sustitución" que está compuesto de tres premisas. En primer lugar la Premisa mayor (i) en donde se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución; en segundo término la Premisa menor (ii) en donde se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, finalmente, la Premisa de síntesis (iii) en donde se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles. 6. Que para la verificación del cumplimiento de la Premisa mayor, la Corte debe comprobar a través de una lectura transversal e integral de la Constitución de 1991, si dicho elemento que se establece como sustituido es un elemento estructural o axial de la Constitución. Este elemento estructural puede estar reflejado o contenido en varios artículos de la Constitución o en elementos del bloque de constitucionalidad, que se pueden determinar a través del análisis histórico o sistemático de la Constitución. Para construir dicha premisa es necesario para el demandante en su acción y para la Corte en su estudio: (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. 7. Que mediante el llamado test de la eficacia el juez constitucional puede comprobar: (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular, (ii) que el cambio no dio lugar a que se establecieran normas ad hoc o particulares, y (iii) que no se hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la Constitución. 8. Teniendo en cuenta lo anterior se puede afirmar que dentro de la clasificación de los límites al poder de reforma constitucional, la Corte Constitucional a través de la teoría de la inconstitucionalidad por sustitución ha reconocido que existen unos límites intrínsecos al poder de reforma, ya que estos se encuentran

reflejados en la Constitución misma o en los elementos del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, estos límites intrínsecos al poder de reforma no deben confundirse con elementos intangibles ni inmanentes, como en las Constituciones que establecen cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas, ya que el análisis de sustitución que se realiza a través de la metodología planteada en la jurisprudencia descrita tiene como finalidad comprobar que se produjo evidentemente una sustitución de la Constitución so pretexto de la reforma. Esta sustitución como se ha dicho, puede ser total, parcial, temporal o permanente y se refiere a principios estructurales o axiales que hacen parte de la arquitectura constitucional de la Constitución de 1991.

PROHIBICION DE PORTE Y CONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTROPICAS- Interpretación histórica, sistemática, teleológica y literal del precepto/PROHIBICION DE PORTE Y CONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTROPICAS ESTABLECIDA EN EL ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2009-Trámite legislativo

CONSENTIMIENTO INFORMADO-Jurisprudencia constitucional

ADICTO-Concepto/DROGADICCION-Concepto según la jurisprudencia constitucional/FARMACODEPENDENCIA-Concepto según la jurisprudencia

SENTENCIA INHIBITORIA-Proposición jurídica incompleta

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Carácter excepcional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTO REFORMATARIO DE LA CONSTITUCION- Exigencias

Referencia: expediente D – 8371

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) del Acto Legislativo No 2 de 2009 “por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política.”

Actores: Guillermo Otálora Lozano, Andrea Liliana Parra Fonseca, Andrés Felipe Parra Serrano, Paula María Vargas García, José David Riveros Námen, Juana Catalina Vásquez Piñeros, Julieta Lemaitre Ripoll y Andrés Mauricio Delgado Velandia.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Bogotá, D.C, veintidós (22) de julio de dos mil once (2011)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

1.1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Guillermo Otálora Lozano, Andrea Liliana Parra Fonseca, Andrés Felipe Parra Serrano, Paula María Vargas García, José David Riveros Námen, Juana Catalina Vásquez Piñeros, Julieta Lemaitre Ripoll y Andrés Mauricio Delgado Velandia, presentaron demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 1 del Acto Legislativo No 2 de 2009 “por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política.”

1.2. Los demandantes consideran que la expresión acusada del Acto Legislativo No. 2 es un ejercicio ilegítimo del poder del constituyente, por lo cual solicitan que sea declarada inexecutable.

1.3. Mediante auto de fecha 12 de enero de 2011, dado que se cumplieron con las exigencias dispuestas en el Decreto 2067 de 1991, se admitió la demanda de la referencia y en consecuencia se dispuso:

- Correr traslado al Procurador General de la Nación por el lapso de treinta (30) días, para que rinda concepto en los términos de los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política.
- Fijar en lista la disposición acusada por el término de diez (10) días con el objeto de que cualquier ciudadano la impugne o defienda.
- Comunicar la iniciación del presente proceso al Presidente de la República y a los Presidentes del Senado y de la Cámara de Representantes, para los fines del artículo 244 de

la Constitución. En el mismo sentido, comunicar al Ministerio del Interior y de Justicia y al Ministerio de la Protección Social.

- Invitar a participar a la Defensoría del Pueblo, a la Fiscalía General de la Nación, a la Dirección Nacional de Estupefacentes, a la Policía Nacional, a los Decanos de las facultades de Derecho de las Universidades de los Andes, Externado de Colombia, Icesi de Cali, Javeriana en Bogotá, Nacional de Bogotá, del Norte de Barranquilla, Rosario de Bogotá, Universidad de la Sabana en Bogotá, Sergio Arboleda de Bogotá, al Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad (DeJusticia), al expresidente César Gaviria miembro de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, al Departamento de Toxicología Centro de Información, Gestión e Investigación en Toxicología (CIGITOX) de la Facultad de medicina de la Universidad Nacional de Colombia, a la Corporación Nuevos Rumbos (Investigación y asesoría para prevenir el consumo de drogas) de Bogotá y a la Corporación Surgir (Corporación colombiana para la prevención del alcoholismo y la farmacodependencia) de Medellín, al Movimiento “Dosis de personalidad”, a la Conferencia Episcopal de Colombia y al Instituto Pensar de la Pontificia Universidad Javeriana, con el objeto de que emitan concepto técnico sobre la norma demandada, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

1.4. Surtidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de la acción pública de inconstitucionalidad, esta Corte procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

## II. NORMA DEMANDADA

ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2009

(diciembre 21)

Diario Oficial No. 47.570 de 21 de diciembre de 2009

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:



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

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

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

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

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

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

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.”

### III. LA DEMANDA

3.1. Los ya reseñados ciudadanos presentaron demanda de inconstitucionalidad contra la

expresión “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, contenida en el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2009.

3.2. Los demandantes expresan que, “el Congreso de la República como poder constituido ha desbordado sus funciones y ha sustituido la Constitución mediante el quebrantamiento de la autonomía personal, un elemento esencial definitorio de la Constitución”. Al respecto señalan que, “Este elemento esencial definitorio tiene como fundamento en la dignidad humana, un principio absoluto que irradia toda la Constitución que ha sido subvertido y se ha convertido ahora en un principio sujeto a los límites de la concepción mayoritaria del bien”<sup>1</sup>.

3.3. En cuanto a la dignidad humana señalaron que, “el artículo 1 de la Constitución establece que ‘Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria [...] fundada en el respeto de la dignidad humana [...]’. Esta cláusula de dignidad humana forma el sustrato base de la Carta Política, y es el principio constitucional del cual emanan todos los demás principios, que irradia la norma fundamental como un todo<sup>2</sup>. La dignidad es el sustento de múltiples constituciones liberales, y forma además la base del derecho internacional de los derechos humanos, que de acuerdo con los artículos 93 y 94 de la Carta, hace parte del bloque de constitucionalidad<sup>3</sup>”. Por otro lado explican que la Corte Constitucional ha afirmado que la dignidad humana es “razón de ser, principio y fin último de la organización estatal” y que ha sido en múltiples ocasiones definido como un principio con tres variantes: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (“vivir como quiera”), (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (“vivir bien”) y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (“vivir sin humillaciones”). Explican que en este caso, el constituyente derivado ha sustituido la primera variante, que en esa ocasión la Corte resumió con la expresión “vivir como quiera”<sup>4</sup>.

3.4. Dicen que las medidas perfeccionistas que bajo la Carta de 1991 estaban prohibidas, bajo el Acto Legislativo 02 de 2009 se han convertido en un mandato constitucional. Acto seguido los demandantes identificaron las normas donde se encuentra reflejado el elemento esencial definitorio de la autonomía personal señalando el artículo 1 (dignidad humana), el artículo 5 (primacía de los derechos inalienables de la persona), el artículo 6 (responsabilidad limitada de los particulares), el artículo 7 (diversidad de la Nación colombiana), el artículo 12

(prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes), el artículo 13 (principio de igualdad), el artículo 15 (intimidad personal), el artículo 16 (libre desarrollo de la personalidad), el artículo 18 (libertad de conciencia) y el artículo 19 (libertad de cultos).

3.5. Posteriormente en lo referente a la competencia comentaron que, “la Corte Constitucional es competente para conocer de demandas contra actos legislativos de conformidad con el artículo 241(1) de la Constitución. Esta disposición establece que la Corte podrá resolver estas demandas ‘sólo por vicios de procedimiento en su formación’, y según la jurisprudencia constante de la Corte, el vicio de competencia consistente en la sustitución de la Constitución es uno de tales vicios, ‘pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad’”<sup>5</sup>.

3.6. Sobre el concepto de violación señalaron que, “la expresión acusada del Acto Legislativo No. 2 de 2009 sustituye la autonomía personal como elemento esencial definitorio de la Constitución, por lo cual debe ser declarada inexecutable”<sup>6</sup>. Para sustentar este cargo mencionaron que en la sentencia C-221 de 19947, la Corte despenalizó el consumo personal de drogas bajo la tesis de que, “las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras...”. También citaron la sentencia C-689 de 2002 en la que se examinó la constitucionalidad de los tipos penales contra el tráfico de estupefacientes, al distinguir entre porte y consumo, por un lado y narcotráfico por el otro.<sup>8</sup>

3.7. Explican que el Acto Legislativo No. 2 de 2009 intenta revocar esas reglas jurisprudenciales, “pero al hacerlo ha terminado por sustituir la Constitución por medio del quebrantamiento del principio de autonomía personal como primera variante del principio fundante del Estado de la dignidad humana.”<sup>9</sup>. Además dicen que este Acto Legislativo quebranta la autonomía personal como un elemento esencial definitorio que prohíbe al Estado inmiscuirse en las decisiones íntimas del individuo y que solo lo perjudican a él<sup>10</sup>.

3.8. Por otro lado explican que el Acto Legislativo No. 2 de 2009 es una medida perfeccionista que sustituye un esquema de neutralidad frente a proyectos de vida individuales, por la imposición de medidas coercitivas que se basan en un juicio de valor directo sobre una actividad que solo concierne al individuo y que no necesariamente afecta los derechos de terceros. Dicen sobre este punto que la reforma demandada no se dirige a

salvar al individuo de un riesgo físico inminente, sino a imponer “un modelo de virtud dirigido por el Estado”, y en consecuencia es una clara sustitución de la Carta Política de 1991.<sup>11</sup>

3.9. Afirman que en este caso, el quebrantamiento mediante el cual se sustituye un elemento esencial definitorio es mucho más grave que el detectado en las sentencias C-1040 de 2005 y C-588 de 2009 que han declarado inexecutable actos legislativos por sustitución de la Constitución. Manifiestan que este caso, “...se trata de un quebrantamiento permanente, y no transitorio, que sustituye un principio que integra el supraprincipio de dignidad humana - base fundante del Estado colombiano-, pues pretende dictar a los ciudadanos colombianos un modelo de virtud decidido por el Estado utilizando medidas coercitivas contra el individuo”<sup>12</sup>.

3.10. Sobre el juicio de sustitución por quebrantamiento de la autonomía personal dicen que ésta no equivale a fijar límites materiales de reforma a la Constitución y señalan que, la autonomía personal no es reducible a una sola disposición constitucional, por lo cual la Corte no estaría fijando cláusulas pétreas al hacer un juicio de sustitución. En este sentido indican que la expresión demandada del Acto Legislativo No. 2 de 2009 es un elemento esencial definitorio que subyace a toda la carta de derechos contenida en la Constitución de 1991 e indican que aunque es posible afirmar que el artículo 16 expresa la estructura básica del principio de autonomía personal, la autonomía personal también emana de una multiplicidad de derechos constitucionales más definidos y concretos.

3.11. De igual forma consideran que la enunciación de la autonomía personal impide la intrusión del Estado mediante la adopción de medidas perfeccionistas en decisiones que solo conciernen al individuo y no dañan a otras personas. Manifiestan que el constituyente derivado tiene toda la libertad para reformar y modificar el artículo 16 de la Constitución, así como las demás disposiciones constitucionales que reflejan el principio de autonomía personal, “mientras no sustituyan este principio por otro”<sup>13</sup>.

3.12. Por otro lado explican que del artículo primero del Acto Legislativo No. 2 de 2009 se desprenden tres oraciones diferentes: en primer lugar (i) establecer una prohibición, salvo prescripción médica, que es la expresión objeto de esta demanda de inconstitucionalidad; en segundo lugar (ii), la obligación de legislar sobre medidas con “fines preventivos y

rehabilitadores”, que según la tercera oración (iii), “requerirán el consentimiento informado de su beneficiario”. Consideran que el inciso demandado, es una medida perfeccionista que sustituye la Constitución de 1991, pero que las siguientes dos medidas son apenas medidas proteccionistas que no desbordarían el poder de reforma y que no constituyen una sustitución de la Carta Política<sup>14</sup>.

3.14. Por otra parte dicen que la reforma constitucional impide al legislador introducir un ámbito limitado de libertad en ese sentido, como existía anteriormente con la dosis personal. Manifiestan que al estar “prohibido” el porte y consumo de manera categórica, no hay distinción entre el espacio público y el privado, por lo cual podría incluso sancionarse el porte y consumo que ocurre en el hogar de la persona o en un espacio privado sin la presencia o afectación de terceras personas<sup>16</sup>.

3.15. Igualmente señalan que la declaración de “prohibir” sustancias “estupefacientes o sicotrópicas” tiene un enorme impacto jurídico, pues revierte la regla de la sentencia C-221 de 1994 y permite criminalizar el consumo personal estas sustancias<sup>17</sup>. Consideran que esta reforma permite convertir el consumo como contravención policiva, y explican que un nuevo proyecto de ley denominado de “seguridad ciudadana” incluye la criminalización del consumo amparado bajo el Acto Legislativo 02 de 2009<sup>18</sup>.

3.16. Por otra parte aducen que el alcance de esta nueva prohibición es el de establecer una transformación radical de la concepción de autonomía prevista en la Constitución de 1991 y dicen que la esencia del principio de autonomía personal, que hace parte de la dignidad humana, es que al individuo no se le pueden prohibir conductas que solo a él le conciernen, mediante medidas perfeccionistas. En este sentido consideran que la prohibición general del porte y consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas cruza la línea establecida por la Constitución de 1991 que protegía un ámbito absoluto de autonomía.

3.17. Finalmente consideran que la sustitución de la Constitución en este caso no solo afecta en el asunto puntual del consumo de las sustancias estupefacientes y sicotrópicas, sino que también tiene efectos profundos sobre aspectos de la Constitución relacionados con la autonomía personal como el derecho al consentimiento informado, el derecho a la libre opción sexual, o el derecho de la mujer de disponer de su propio cuerpo cuando se ve amenazado, ya que, “...la autonomía, y específicamente la autonomía como ámbito absoluto

e inmune a interferencias, es la base de cada uno de estos derechos”.

#### IV. INTERVENCIONES

##### 4.1. Intervenciones Ciudadanas

Se presentaron un total de siete intervenciones ciudadanas con fundamento en el numeral 1º del artículo 242 de la C.P. y el artículo 7º del Decreto 2067 de 1991. Las intervenciones fueron las siguientes (1) Ariadna Fernanda Tovar Ramírez, (2) Daniel Pacheco Sáenz del movimiento “Dosis de personalidad”, (3) José Rafael Espinosa Restrepo, (4) Cristina Narváez González, (5) Christian Adrián Cadena Flechas, (6) Jorge Sebastián Ballesta y (7) Vicente Fabián Benítez Rojas, todas ellas a favor de la inexequibilidad del apartado del Acto Legislativo No 2 de 2009. En las siguientes líneas se resumirán dichas intervenciones.

4.1.1. La ciudadana Ariadna Fernanda Tovar Ramírez remitió dos escritos al proceso el 4 de febrero de 2011. El primero es el trabajo del profesor Alejandro Madrazo Lajous titulado “Drogas y derecho a la salud”<sup>19</sup> y el segundo es el Amicus Curiae preparado por las organizaciones International Center on Human Rights and Drug Policy e Internacional Harm Reduction Association<sup>20</sup>, titulado ¿Es la despenalización de la posesión de sustancias controladas para el uso personal consistente con el derecho internacional?<sup>21</sup>, que se resumirán a continuación:

- En el texto “Drogas y Derecho a la salud” se plasma las reflexiones expuestas durante el simposio ¿Qué hacer con las drogas? llevado a cabo en septiembre de 2009 en la ITAM de la ciudad de México. En dicho escrito se analiza el régimen prohibicionista desde una perspectiva jurídica y se dice que los usos médicos, industriales y lúdicos de las drogas deben despenalizarse y regularse fuera del ámbito punitivo ya que no vulneran en lo absoluto el bien jurídico de la salud. Dice que estas normas prohibicionistas están moldeadas por prejuicios morales e intereses políticos y que si se tiene en cuenta los tratados internacionales firmados por México como la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes<sup>22</sup> y el Convenio sobre Substancias Sicotrópicas de 1971<sup>23</sup>, se busca limitar los usos de estupefacientes pero protegiendo sus usos médicos<sup>24</sup>, industriales<sup>25</sup> y lúdicos<sup>26</sup>, en este último caso cuando solo afecta la salud individual y no se trata de un consumo habitual. También explica que se pueden utilizar una serie de medidas no prohibicionistas, que irían en contra de los principios del derecho penal como última ratio<sup>27</sup>,

como por ejemplo el tratamiento para el consumidor habitual o las medidas pedagógicas o educativas para el consumidor ocasional<sup>28</sup>. Concluye diciendo que los delitos contra la salud deben evitar penas privativas de la libertad, cuando la no afectación de otro bien jurídico así lo permita, y debe procurar en todo momento la información y educación de quien solo lo hace habitualmente y el tratamiento del consumidor habitual<sup>29</sup>.

- En el texto ¿Es la despenalización de la posesión de sustancias controladas para el uso personal consistente con el derecho internacional?, además de hacer un recuento de los países que por razones legales o jurisprudenciales de la despenalización del porte y consumo de dosis mínima<sup>30</sup>, sintetizan las siguientes conclusiones:

(1) No existe ninguna prohibición en el derecho internacional y en especial en los Convenios internacionales sobre drogas de 1961(modificado por el Protocolo 1972), 1971 y 1988<sup>31</sup> que impida a Colombia despenalizar la posesión de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para uso personal,

(2) La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 no exige la tipificación penal y existe duda acerca de si la penalización de la posesión para el uso personal podría considerarse como una medida adecuada ya que según el artículo 33 de la Convención, aunque se tienen que dar medidas apropiadas para proteger los derechos de los niños “del uso ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes”, el niño siempre debe ser considerado como víctima y no podrá ser penalizado sino como ultima ratio<sup>32</sup>,

(3) Los test de proporcionalidad, especialmente el criterio de idoneidad, prohíbe la arbitrariedad de las medidas penales y requieren el escrutinio de las leyes penales aplicables al uso de drogas y

(4) La carga de la prueba recae sobre el Estado para justificar la penalización.

Finaliza su intervención estableciendo que tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>33</sup>, como el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales recientemente en las Islas Mauricio, han recomendado que se tiene que llegar al nivel más alto de salud (artículo 12 del Pacto) y el derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones (artículo 15.1 (b)). Es por tanto acertado proveer por la despenalización de las sustancias psicoactivas e

implementar medidas basadas en la salud pública para enfrentar las elevadas tasas de consumo de drogas y el aumento de las tasas de VIH<sup>34</sup>.

4.1.2. El ciudadano Daniel Pacheco Sáenz<sup>35</sup> en representación del movimiento “Dosis de Personalidad”<sup>36</sup> intervino para coadyuvar la demanda, señalando que el Acto Legislativo No 2 de 2009 debe declararse inconstitucional ya que atenta contra la órbita personal de cada individuo y es un tipo de paternalismo jurídico que se inmiscuye en cuestiones relacionadas con el ámbito interno de cada cual. Su intervención se basa en contestar dos preguntas ¿Puede defenderse como un derecho, o al menos, como algo que no esté prohibido, el porte y consumo de sustancias psicotrópicas? ¿Sería mejor acudir a una cultura moral de cuidado de sí mismo sin acudir a leyes sancionatorias o prohibitivas del acto mismo de consumir? Explican que en Colombia según la última Encuesta Nacional de Drogas de 2009, hay alrededor de 540.000 personas que han consumido sustancias ilícitas, dicen que no existe una conexión entre consumir drogas y cometer crímenes y que si esto es así se puede aplicar la misma regla al consumo de otras sustancias no prohibidas como el alcohol<sup>37</sup>. Señalan que el consumo de drogas se puede situar más allá del límite jurídico de la autoridad del Estado, “ya que alterar la conciencia con uno mismo ‘no interfiere con la órbita de acción de nadie’”<sup>38</sup>

Explica que la concepción sobre el uso de sustancias estupefacientes genera diferentes consecuencias dependiendo del modelo de Estado. En el caso de un modelo de Estado paternalista se puede llegar a excesos de autoridad para proteger a los ciudadanos de sí mismos, y en cambio desde la perspectiva de un Estado personalista se deben tolerar los actos libres e íntimos de los ciudadanos<sup>39</sup>. Consideran que de acuerdo a la Sentencia C-221 de 1994 que despenalizó el porte y consumo de la dosis personal en Colombia, hay dos tipos de deberes: los morales y los jurídicos y que no se pueden regular las materias morales que dependen del fuero interno a través de normas legales. Proponen finalmente que se debe articular un acuerdo básico entre consumidores de sustancias psicoactivas sobre cuáles son los deberes ya que, “Imponer una ética estatal del cuidado de sí mismo marginalizaría a las personas que, como nosotros, seguiremos objetando que la libertad individual es un valor fundamental de los ciudadanos de nuestro país”<sup>40</sup>.

4.1.3. El ciudadano José Rafael Espinosa Restrepo presentó sus consideraciones sobre la norma sometida a control<sup>41</sup>, señalando que el Acto Legislativo 02 de 2009 debe declararse



inconstitucional ya que reforma el núcleo esencial de la Constitución de 1991<sup>42</sup> en lo que tiene que ver con el principio de la dignidad de la persona humana y sus elementos de autonomía y libertad. Desarrolla en su intervención los siguientes puntos: i) Existe la posibilidad de que la Corte Constitucional haga un análisis de constitucionalidad de los actos legislativos cuando estos son reformatorios de un elemento esencial de la Constitución (juicio de sustitución); ii) La dignidad humana ha sido entendida como libertad y autonomía, iii) La dignidad entendida como libertad y autonomía hace parte de la esencia de la Constitución por permear no sólo una disposición constitucional, sino una diversidad importante de derechos y en general la manera como entendemos el Estado Social de Derecho y la esencia de la propia Constitución; iv) el Acto Legislativo 002 del 2009, siendo la medida perfeccionista que es, vulnera dicho elemento esencial y por tanto, sustituye la Constitución Política de Colombia y el Estado Social de Derecho.

4.1.4. La ciudadana Cristina Narváez González coadyuvó la demanda<sup>43</sup> sosteniendo que la autonomía personal es un tema inmerso en la discusión sobre la legalización, regulación, prohibición o penalización de la dosis personal de droga. Al respecto señaló que la autonomía personal es un elemento esencial definitorio de la Constitución Política de 1991 de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el cual debe garantizarse en aras de proteger el espíritu rector de la Carta Política, además de gozar de especial y preponderante jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, debido a que es un elemento sin el cual no es posible establecer la existencia, garantía y respeto de la dignidad humana. Igualmente resaltó que la autonomía individual ha sido parte de la *ratio decidendi* de los fallos de la Corte Constitucional, la cual le implica fuerza vinculante a la luz de la teoría de los precedentes judiciales. Considera que al estudiar las razones o el desarrollo que la jurisprudencia le ha otorgado a la autonomía individual “es claro que lo que se busca proteger es la no interferencia del Estado en la esfera íntima de las personas, situación que se encuentra absolutamente vulnerada con la reforma constitucional del Acto Legislativo No. 02 de 2009.”<sup>44</sup>

4.1.5. El ciudadano Christian Adrián Cadena Flechas<sup>45</sup> coadyuvó la demanda<sup>46</sup>, señalando que la norma acusada constituye una sustitución al núcleo esencial en materia de salud ya que al impedirle al individuo tomar decisiones propias sobre su vida atenta contra la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital. Por otra parte considera que dicha reforma afecta el componente de accesibilidad o información del derecho a la salud porque el

ciudadano no tendría la posibilidad de conocer por parte del Estado las consecuencias del consumo de drogas, ni la posibilidad de consumirlas o no si así lo deseara.

4.1.6 Por su parte el ciudadano Juan Sebastián Ballestas Murcia presentó intervención ciudadana señalando que el Acto Legislativo 2 de 2009 generó un retroceso en la forma de asumir los problemas derivados del uso y abuso de las sustancias psicoactivas. Explica que dicha reforma hace parte de las “legislaciones prohibicionistas” que buscan reducir la oferta y la demanda del consumo de drogas, sin que a la fecha se hayan obtenido efectos palpables en la realidad. Al respecto dijo que, “el Acto mencionado no solo vulnera la dignidad de la persona y su autonomía sino que se da en el marco de una serie de normas y posiciones políticas (prohibicionistas) que no han dado los resultados que han propuesto y que, al contrario, han generado un crecimiento exponencial en la violencia, en los problemas de salud y en la violación sistemática de derechos humanos.”<sup>47</sup>. Por otro lado sostiene que el Acto Legislativo demandado puede generar abusos de autoridad y violaciones a los derechos fundamentales, ya que al suprimir la dosis personal se elimina una distinción entre usuario no problemático y el traficante de narcóticos, atentando de esta manera contra la decisión personal de consumir sustancias psicoactivas que se ampara en la autonomía y la dignidad de la persona. Finalmente señala que la redacción de la norma acusada, dada su amplitud, otorga la posibilidad que en su reglamentación futura por parte del legislativo se adopten tipos de sanciones que en otros países han resultado perjudiciales como lo fue la “Ley de Educación Superior de los Estados Unidos”, la cual permitía la eliminación de ayuda financiera a los estudiantes que fueran condenados incluso por faltas menores como la posesión de sustancia ilícitas. Por lo anterior solicita que se declare inexecutable la expresión demandada.

4.1.7. Por último el ciudadano Vicente Fabián Benítez Rojas, intervino a nombre propio en favor de la inexecutable de la expresión demandada, argumentando que la reforma introducida por Acto Legislativo 2 de 2009 supone un exceso en las competencias del Congreso. Explica que dicha reforma implica la sustitución de la Constitución, ya que la autonomía personal, como lo han indicado los demandantes, “es uno de los pilares esenciales de la Constitución que se deriva de la interpretación armónica de las disposiciones constitucionales que se han referenciado”<sup>48</sup>. Señala que aplicando la metodología del juicio de sustitución que se ha establecido en las Sentencias C-1200 de 2003<sup>49</sup>, C-970 de 2004 y C-1040 de 2005<sup>50</sup>, en este caso el principio de autonomía se encuentra limitado, al utilizarse

en la reforma una medida tan fuerte como es la prohibición que “...lleva al desaparecimiento (al menos en este caso) del ámbito de libertad de decisión que es propio de la autonomía persona”<sup>51</sup>. Finaliza su intervención explicando que aunque el juicio o test de sustitución ha sido provechoso para establecer juicios razonados en el control de las reformas a la Constitución por falta de competencia, se requiere establecer otros criterios relacionados con el mayor o menor grado de participación del pueblo en cada uno de los mecanismos de reforma dando lugar a un juicio estricto, leve e intermedio<sup>52</sup>.

#### 4.2. Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia

4.2.1. El día 4 de febrero de 2011 la doctora Ana Beatriz Castelblanco Burgos, actuando mediante poder conferido por el Ministerio del Interior y de Justicia, presentó sus consideraciones sobre la norma sometida a control, estableciendo que el inciso 6º del artículo 49 de la C.P debe ser considerado EXEQUIBLE.

4.2.2. En primer lugar se hace en la intervención un resumen de los cargos de los demandantes estableciendo que se sustentan en que la reforma del Acto Legislativo No 02 de 2009 sustituyó la Carta Política, en uno de sus elementos definitorios que es la autonomía personal, porque se adoptan medidas perfeccionistas que van en contra de la jurisprudencia de la Corte sobre el tema de la dignidad humana, en especial “el vivir como se quiere”. Explica que los demandantes dicen que, “...al individuo no se le pueden prohibir conductas que sólo a él conciernen, mediante medidas perfeccionistas”<sup>53</sup>.

4.2.3. Respecto a los cargos de sustitución de la Constitución indica que para analizar el aparte demandado, se debe realizar unidad normativa y comprender como un todo el artículo primero del Acto Legislativo demandado<sup>54</sup>. Sostiene que si se analiza de esta manera el precepto se puede advertir que los accionantes estructuran su demanda a partir de una lectura subjetiva sobre el contenido y alcance del aparte demandado, “...al considerar que el solo hecho de consagrar una prohibición constitucional automáticamente se producen de manera directa e inmediata todos los efectos restrictivos posibles a las libertades, derechos y principios consagrados en la Constitución, lo cual no es cierto.”<sup>55</sup>.

4.2.4. Explica que como quedó consignado en el mismo texto del inciso sexto del artículo 49, la prohibición allí consagrada, en cuanto se refiere al consumo, sólo puede ser desarrollada por el legislador estableciendo medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico,

profiláctico o terapéutico para las personas que consuman sustancias estupefacientes o psicotrópicas no prescritas por el respectivo profesional de la medicina y con la restricción de que tales medidas y tratamientos sólo podrán aplicarse con el consentimiento expreso e informado del adicto<sup>56</sup>. Igualmente sostiene que en la ponencia para el séptimo debate que se desarrolló en Comisión Primera de Senado<sup>57</sup>, se dijo que la prohibición está encaminada a que su desarrollo legal se oriente a sancionar "...de manera drástica a quienes distribuyen la droga o inducen a los demás, especialmente si son menores de edad, a consumir", pero no a los que porten o consuman dosis mínima<sup>58</sup>.

4.2.5. Por otro lado explica que examinando el desarrollo legislativo que tuvo el proyecto de Acto legislativo demandado, se evidencia que se tuvo en cuenta el desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional en relación con los límites del legislador para establecer medidas que puedan incidir en la autonomía de las personas por porte y consumo de dosis personal<sup>59</sup>. Cita in extenso la Ponencia para Segundo debate ante la Plenaria de la Cámara de Representantes<sup>60</sup>, en donde se explica que, en ningún momento en el proyecto se penaliza el consumo y porte de dosis mínima de estupefacientes<sup>61</sup>, sino que por el contrario se establece para estos casos las denominadas medidas de protección coactiva. Indica que estas medidas no son incompatibles con el reconocimiento de principios como el de pluralismo, autonomía y dignidad de las personas, ya que no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado. Señala que estas políticas se justifican porque, en esos casos determinados, es legítimo que terceras personas o el propio Estado puedan tomar ciertas medidas a favor de los individuos para protegerlo de sí mismo<sup>62</sup>, y especialmente a las personas en situaciones de drogadicción crónica<sup>63</sup>.

4.2.6. Igualmente se cita en la intervención la ponencia para cuarto debate en primera vuelta ante la Plenaria del Senado<sup>64</sup>, en donde se introdujo que, "el sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto"<sup>65</sup>. Indica que se busca garantizar "la protección del derecho a la salud pública de la población amenazada por el consumo en lugares públicos, y por el porte de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, considerando el deber que toda persona tiene de procurar el cuidado integral de su salud y de la comunidad"<sup>66</sup>.

4.2.7. Concluye expresando que los cargos de inconstitucionalidad aducidos por los

demandantes: "...resultan más bien pertinentes para posibles desarrollos legislativos que excedan los límites consagrados en el inciso 6 del artículo 1° del Acto Legislativo 02 de 2009, sobre el carácter de las medidas que pueden establecerse en desarrollo de la prohibición allí consagrada y sobre las condiciones para su aplicación, y no para el acto reformativo acusado, pues como quedó expuesto, el mismo, más que contravenir el principio de la autonomía personal, lo reconoce y lo garantiza estableciendo tales límites al legislador para que, en las regulaciones que adopte, lo respete en los términos fijados al respecto por la Corte Constitucional, la cual, como se evidencia en el trámite legislativo, se tuvo en cuenta para establecer dichos límites."67

#### 4.3. Intervención del Ministerio de la Protección Social

4.3.1. El día 4 de febrero de 2011 mediante escrito firmado por la doctora Myriam Herlinda Roncancio Téllez, como apoderada del Ministerio de la Protección Social, se presentaron las consideraciones sobre la norma sometida a control. En esta intervención se dijo que el inciso sexto del Acto Legislativo No 2 de 2009, debe ser declarado EXEQUIBLE por parte de la Corte. Se indica principalmente que el aparte acusado, "...lejos de atentar contra la dignidad humana, como argumentan los demandantes, lo que hace justamente es salvaguardarla, pues esa dignidad es la que se ve gravemente lesionada bajo los efectos de la drogadicción"68.

4.3.2. El Ministerio transcribe de manera extensa69aportes del Salvamento de Voto de la Sentencia C-221 de 199470, que dio lugar a la despenalización del porte y consumo de la dosis mínima. En dicho Salvamento se dan argumentos que van en contra de la tesis de la mayoría en que la penalización vulnera el artículo 16 que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad en Colombia, como por ejemplo que el interés general debe primar sobre el interés particular; que los derechos fundamentales no son absolutos; la diferencia que existe entre las sustancias psicotrópicas, el tabaco y el alcohol; la contradicción que supondría que por un lado se autorice el consumo de la dosis personal, pero que por otro se mantenga la penalización del narcotráfico; y el argumento de que resulta un contrasentido amparar la despenalización del consumo de drogas, así sea limitado a la llamada "dosis personal", con base en el derecho de la defensa de la dignidad humana, "por cuanto precisamente es esa dignidad la que se ve gravemente lesionada bajo los efectos de la drogadicción".

4.3.3. Igualmente explica que en la reforma del artículo 49 de la C.P., subyace la garantía de los principios constitucionales, como el de la salud y la de su comunidad<sup>71</sup>. Explica que, “El citado artículo 49 de la C.P. carecía de un mandato expreso que facultara al Legislador para establecer, con fines estrictamente resocializadores y rehabilitadores, medidas a quienes porten o consuman en lugares públicos, sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso personal, en cuanto hacerlo puede poner en grave riesgo la salud de la persona y la salud de la comunidad”<sup>72</sup>.

4.3.4. Por otro lado explica que el Acto Legislativo, parcialmente impugnado, no pretendió 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”<sup>73</sup>. Finaliza señalando que las medidas de protección previstas en el Acto Legislativo impugnado por sustitución de la Constitución, “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 su rehabilitaciónn”.<sup>74</sup>

#### 4.4. Intervención de la Fiscalía General de la Nación

4.4.1. La Fiscalía General de la Nación intervino a través del Jefe de la Oficina Jurídica (E) César Rincón Vicentes el 4 de febrero de 2011. Después de enumerar las funciones del Congreso en materia de reforma a la Constitución a través del Acto Legislativo (artículos 114 y 374 de la C.P), establece que a través de la revisión de la Corte de este tipo de actos se ha establecido no solo un control de los elementos formales o procedimentales (Tesis exegética), sino también un juicio que sin dejar de ser formal, porque se refiere a la competencia del poder de reforma, viene a conocer el contenido de la modificación constitucional para establecer si so pretexto de la reforma se sustituyó, cambió o derogó la Constitución existente (Tesis integral)<sup>75</sup>.

4.4.2. Explica que dicha tesis se empezó a establecer en la Sentencia C-551 de 2004<sup>76</sup> en donde se dijo que para establecer si hay o no sustitución de la Constitución, es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, “no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformatario con una regla, norma o principio constitucional, sino para determinar si los principios anteriores y los introducidos son

opuestos o integralmente diferentes, al punto de que resulten incompatibles”<sup>77</sup>. Por otro lado en la Sentencia C-588 de 2009<sup>78</sup>, se subraya que la sustitución puede ser total cuando la Constitución como un todo, es reemplazada por otra; o parcial, “caso este último en el cual un eje integralmente diferente que torna imposible la armonización de la pretendida reforma con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que se reflejan aspectos claves de lo insustituible”<sup>79</sup>.

4.4.3. Así mismo señaló que a través de las Sentencias C-97080 y C-97181 de 2004 se empezaron a implementar unos requisitos para presentar las demandas de sustitución que se corresponden con “el método del juicio de sustitución”, que debe adoptar la Corte para la revisión de dichos actos, el cual está compuesto de tres requisitos: (i) la verificación de una premisa mayor que consiste en enunciar con claridad cuál es el elemento esencial definitorio de la Constitución que fue reemplazado, (ii) señalar desde múltiples referentes normativos y sus articulaciones específicas en la Constitución, y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio ese elemento en la Constitución.

4.4.4. También explicó que en la Sentencia C-141 de 2010 (M.P. Humberto Sierra Porto) se consolidó dicho juicio, al establecer que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es “toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad”<sup>82</sup>. Dice que en esta misma Sentencia se hizo hincapié en que el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni se verifica si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad-, sino que mediante el juicio de sustitución “(a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto de que resulten incompatibles”<sup>83</sup>.

4.4.5. No obstante lo anterior, indica que a pesar de los avances que ha hecho la jurisprudencia constitucional en materia de la metodología para el “juicio de sustitución”, considera que dicho juicio, que en principio prometía ser una doctrina eficaz para el control de las reformas, a la Carta Política, “en concreto y términos reales no permite resolver ningún problema real”<sup>84</sup>. Por ende, encuentra que en el caso en concreto se debe adoptar

una decisión INHIBITORIA, “por cuanto la propia Corte ha reconocido que el concepto de sustitución de la Constitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan...”<sup>85</sup>.

#### 4.5. Intervención Defensoría del Pueblo

4.5.1. El día 7 de febrero de 2011 el doctor Fernando Iregui Camelo, Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo (E), presentó sus consideraciones sobre la norma sometida a control, estableciendo que por tratarse de un vicio de competencia se debe tener en cuenta que la acción no haya caducado, es decir que se haya presentado dentro del año siguiente a la promulgación del acto<sup>86</sup>. Una vez realizada esta advertencia la Defensoría expone el problema jurídico a resolver que consiste en establecer si la expresión demandada “el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, constituye o no un vicio de competencia que de lugar a la declaratoria de inexecutable por sustitución de la Constitución, en lo que tiene que ver con la autonomía de la persona humana.

4.5.2 Una vez planteado el problema jurídico la Defensoría expone los principales puntos de la Sentencias C-221 de 1994, que dio lugar a la despenalización del porte y consumo de la dosis mínima en Colombia y que declaró inexecutable los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986 del Estatuto Nacional de Estupefacientes<sup>87</sup>. Explica que en dicha ocasión la Corte señaló que la drogadicción es un comportamiento personal que no trasciende la órbita más íntima del sujeto consumidor y que “sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles”<sup>88</sup>. Indica que la Corte en la misma Sentencia estableció que el Estado debe ejercer un papel activo en el consumo de drogas y que puede el legislador sin vulnerar el núcleo esencial de dicho derecho, regular las circunstancias de lugar, de edad, de ejercicio temporal de actividades y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de droga resulte inadecuado o socialmente nocivo, como sucede en la actualidad con el alcohol y el tabaco<sup>89</sup>.

4.5.3. Después de realizar un recuento de la jurisprudencia que se ha establecido en Colombia con relación al llamado juicio de sustitución, y la metodología que se tiene en cuenta para verificar si una reforma a la Constitución subvirtió los principios o valores que se derivan de la Constitución o aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad<sup>90</sup>, la



Defensoría se concentra en explicar dos puntos. En primer lugar las medidas de carácter punitivo que se establecen cuando el porte y consumo de sustancias afecta a terceros, y en segundo lugar lo que tiene que ver con la sustitución de la Constitución por la reforma del Acto Legislativo 02 de 2009.

4.5.4. Sobre el primer punto explica que a través de la Ley 745 de 2005 se habían tipificado ciertas conductas relacionadas con el porte y consumo de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, como por ejemplo que se hiciere en presencia de menores de edad, que se realizara en establecimientos educativos y lugares aledaños o en lugares públicos o abiertos al público o establecimiento comercial o de esparcimiento. Sin embargo, explica que dicho instrumento normativo es actualmente inaplicable porque no tiene un procedimiento legal propio que permita su aplicación, ya que la Ley 228 de 1998 que le daba aplicación fue declarada inconstitucional por la Corte en la Sentencia C-101 de 2004<sup>91</sup>. Manifiesta que también la Ley 1153 de 2007<sup>92</sup> establecía como contravención el consumo de sustancias psicoactivas en presencia de menores (art. 31) o en establecimientos educativos (art. 32) pero que este instrumento fue declarado inconstitucional en su integridad porque violaba el principio de separación de poderes de investigación y juzgamiento<sup>93</sup>.

4.5.5. En la realización del juicio de sustitución estima que por establecerse en el apartado demandado una prohibición absoluta, en donde se establece como única excepción la “prescripción médica”, la norma puede ser considerada como INCONSTITUCIONAL porque quedarían excluidos otros usos como el ritual, el recreativo, el experimental e incluso el uso cultural. Dice que esta prohibición absoluta hace que el apartado del Acto Legislativo 02 de 2009 sobre prohibición de porte y consumo de sustancias estupefacientes sea inexecutable, “en tanto que entraría en contradicción con el contenido del principio de la autonomía personal que sólo está limitado por los derechos de los demás y el orden jurídico objetivo”<sup>94</sup>. Finalmente recomienda a la Corte que en caso declarar inconstitucional el precepto demandado proceda a realizar la unidad normativa o la conformación de la proposición jurídica completa del precepto demandado<sup>95</sup>.

#### 4.6. Intervención Policía Nacional

El día 8 de febrero de 2011 se recibe el escrito de intervención firmado por el Teniente Coronel Ciro Carvajal Carvajal, Secretario General de la Policía Nacional, en donde se pide

que el apartado de la norma constitucional demandada sea declarado EXEQUIBLE. El interviniente llega a esta conclusión después de realizar una serie de reflexiones sobre el poder del Congreso para reformar la Constitución y de la protección y prevalencia de la dignidad humana. Posteriormente en la resolución del caso concreto considera que la reforma del artículo 49 de la C.P, "...era proyectar las políticas del gobierno frente al incremento de la ciudadanía de la drogadicción"<sup>96</sup>. Finalmente estima que la prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas deriva de la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, el de la protección de la niñez y de los jóvenes, el saneamiento ambiental y "la necesidad urgente de proteger a la ciudadanía y cumplir así los fines del Estado proyectados desde nuestra Constitución"<sup>97</sup>.

#### 4.7. Intervención Universidad Sergio Arboleda

4.7.1. El día 8 de febrero de 2011 mediante escrito firmado por José María del Castillo Abella y Camilo Guzmán Gómez, Decano y Director del Departamento de Derecho Público de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda respectivamente, se presentaron consideraciones sobre la norma sometida a control. Al respecto los intervinientes señalaron que el problema jurídico consiste en determinar si el apartado del Acto Legislativo 02 de 2009 constituye una sustitución de la Constitución. Dicen que la norma demandada tiene una relevancia particular, ya que lo que se evidencia es que se pretende contrarrestar la interpretación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-221 de 2004, sobre la despenalización de la dosis personal, doctrina que ha continuado desarrollando la Corte Suprema de Justicia, "al impedir la criminalización de la 'Dosis de Aprovechamiento' por ausencia de antijuridicidad material"<sup>98</sup>.

4.7.2. Explican que la Corte ha venido desarrollando una metodología para realizar el control de constitucionalidad por sustitución a partir de la Sentencia C-970 de 2004, pero que en la Sentencia C-1040 de 2005 se especificaron siete puntos que se deben analizar para limitar la subjetividad del control judicial de dichos actos<sup>99</sup>. Teniendo en cuenta estos presupuestos estiman que los cargos de la demanda superan el primer elemento del test, ya que ésta es suficientemente concreta y clara al enunciar a la autonomía personal como elemento a estudiar. También se superaría el segundo paso de la metodología porque se especifica cuáles son los diferentes referentes normativos en la Constitución que reflejan dicho principio. No obstante lo anterior, consideran que no se puede superar el tercer paso del test

porque la Corte Constitucional no ha establecido en los juicios de constitucionalidad que ha realizado que la autonomía de la persona sea un elemento definitorio de la Constitución<sup>100</sup>.

4.7.3. Señalan que si la Corte encuentra que la autonomía personal puede ser considerada como un elemento definitorio de la Constitución, tampoco pasaría los otros elementos de la metodología o test de la sustitución, ya que el análisis de los elementos cuarto y quinto (evitar la creación de cláusulas pétreas y evitar imponer límites materiales intocables al poder constituyente), generaría problemas. Sobre este punto explican que "...considerar que el poder constituyente derivado no puede limitar algún principio fundamental o revertir una jurisprudencia de la Corte Constitucional sería contrario al espíritu del juicio de sustitución y a la Constitución misma la cual prevé y permite limitaciones a los principios y derechos fundamentales e impone ponderación y limitación entre ellos..."<sup>101</sup>.

4.7.4. Finalmente indican que si la Corte estimara que se superan los puntos cuarto y quinto de la metodología, resulta evidente que los puntos sexto (modificación del principio por otro totalmente diferente) y séptimo (elemento nuevo completamente opuesto al anterior), no pasan el juicio de sustitución. Manifiestan que a su juicio el Acto Legislativo bajo estudio, al contrario de lo que dicen los demandantes, "...no modifica la esencia del principio de la autonomía personal pues se cantona a aportar ciertas limitaciones al principio sin cambiarlo por otros diferentes o imponer uno totalmente opuesto al inicialmente existente en la Carta...<sup>102</sup>". Por estas razones consideran que el apartado de la norma constitucional demandada es EXEQUIBLE.

#### 4.8. Intervención del Centro de Estudios de Derecho y Sociedad (DeJusticia)

4.8.2. Dicen que el Acto Legislativo No 02 de 2009 sustituyó la Constitución de 1991 ya que se limitó el principio de autonomía personal que constituye un elemento definitorio de la Carta. Señalan que la modificación del artículo 49 de la Constitución produce una "interferencia intensa" en un eje definitorio de la Carta ya que introduce una excepción al principio de autonomía personal en una situación específica que es el porte de la dosis personal y el consumo de drogas a un grupo de personas determinado -los consumidores habituales y ocasionales de drogas-<sup>103</sup>. Por otra parte señalan que existe una línea jurisprudencial consolidada que especifica que la decisión sobre el consumo de drogas está

incluida dentro del ámbito de autonomía personal que constituye un elemento definitorio de la Carta<sup>104</sup>.

4.8.3. También se hace una importante referencia a la jurisprudencia que se ha establecido sobre el tema del juicio de sustitución<sup>105</sup>. Sobre este punto consideran que aunque se han dado avances en el tema de la diferenciación entre poder de reforma y poder constituyente, y que la tesis de la falta de competencia del poder de reforma se corresponde con las tesis lógicas<sup>106</sup>, históricas<sup>107</sup> y con las normas de los Cogens<sup>108</sup>, el juicio de sustitución tiene que ser corregido en lo que se refiere al sexto paso del test, que exige demostrar que un elemento esencial definitorio de la Constitución ha sido “reemplazado por otro -no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado”<sup>109</sup>. Dicen que con esta redacción es difícil encuadrar la inclusión de una excepción temporal dentro de la noción de “reemplazo”, cuando se refieren a reformas que transitoriamente presentan una interferencia intensa de un elemento esencial definitorio<sup>110</sup>.

4.8.4. Finalmente se cita la Aclaración de voto que el Magistrado (e) Rodrigo Uprimny efectuó en la Sentencia C-572 de 2004 en donde se estableció que teniendo en cuenta los diferentes mecanismos de reforma establecidos en el Título XIII de la Constitución, la intensidad del juicio de sustitución debe ser distinta. Explican que de acuerdo con esta lógica entre más estricto sea el procedimiento y mayor sea la participación de la ciudadanía, el poder de reforma es mayor, el ámbito de competencia es mucho más amplio y, en tal sentido, el juicio de extralimitación en la competencia del poder de reforma -juicio de sustitución- debe ser mucho más deferente con el poder de reforma. Por ende señalan que cuando se trata de reformas por Acto Legislativo, en desarrollo del artículo 375 de la C.P., el control de constitucionalidad debe ser más estricto que en el caso de las reformas efectuadas por Referendo (art. 378), y por Asamblea Constituyente (art. 376), porque en este caso la participación democrática es más restringida<sup>111</sup>.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

5.1. El 3 de marzo de 2011 rindió concepto el Procurador General de la Nación estableciendo que la norma debe ser declarada EXEQUIBLE por parte de la Corte, porque ninguno de los ejes definitorios de la identidad de la Constitución vigente, y tampoco la dimensión que en la misma se otorga a la autonomía personal, se ven desconocidos o alterados al punto de

hacerlos nugatorios o sustituidos con la disposición que se acusa. Dice que antes que subvertir el orden constitucional y sustituir elementos definitorios del modelo de la Constitución, la reforma consulta los principios y valores que le otorgan al Estado Social de Derecho “instrumentos efectivos para la garantía del derecho a la salud, para el aseguramiento de la vida en sociedad y para el logro de la paz”<sup>112</sup>. Del mismo modo dice que la eliminación de la prohibición condicionada al consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas sería contraria a los elementos definitorios de la Constitución que consagra la salud como derecho fundamental en conexidad con la vida y a un claro deber constitucional<sup>113</sup>.

5.2. Por otro lado explica que el porte y consumo de drogas no son conductas que se puedan separar de la convivencia social. Señala que por las razones sociales de este problema se han establecido en Naciones Unidas diferentes convenios como la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, adicionada por el Protocolo de 1972, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Indica que la reforma del artículo 49 de la C.P. estuvo motivada, entre otras razones, por el “Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Hogares de Colombia”, realizado por el Gobierno Nacional con el apoyo de la Comunidad Internacional y bajo la metodología de la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>114</sup>.

5.3. Igualmente considera que si se realiza una interpretación integral del artículo 49 de la C.P. se puede observar que la prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, salvo prescripción médica, está limitado, ya que su regulación se difiere a la ley, que únicamente establecerá dicha prohibición con fines preventivos y rehabilitadores. Del mismo modo estipula la norma que solo pueden establecerse medidas y tratamientos de carácter administrativo de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias, y siempre y cuando se de el “consentimiento informado del adicto”. Explica que el recurso de aislar una expresión del resto del precepto en donde se encuentra inserto, impide a los actores advertir que la limitación de la autonomía de la persona tiene como base el cuidar de la salud propia y de la comunidad<sup>115</sup>.

5.4. Por otra parte se hace hincapié en que si bien es cierto la autonomía personal, elemento consustancial del principio de la dignidad humana, puede ser considerado como un elemento

definitorio de la Constitución, se ha precisado por ejemplo en las Sentencias C-555 de 1994 y C-916 de 2002, que este derecho no es absoluto y puede ser limitado en razón de fines de valor social, como el de la salud pública e individual<sup>116</sup>.

5.5. Finalmente dice que la regulación constitucional sobre prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, es un tema de salud pública y su ámbito de aplicación no se extiende a la esfera de las íntimas convicciones que determinan el comportamiento de las personas, sino a las conductas que procuran el cuidado integral de la salud de esas personas y de la comunidad, ya que existe un deber jurídico constitucional para hacerlo<sup>117</sup>.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### 1. Competencia

1.1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, conforme a lo dispuesto en los artículos 241, numeral 1, y 379 de la Constitución.

1.2. En primer lugar se debe anotar que el artículo 241 numeral 1 establece que a la Corte Constitucional le corresponde, “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación”<sup>118</sup>. Así mismo el artículo 379 de la C.P establece que, “los actos legislativos, la convocación a un referendo, la consulta popular o el acto mediante el cual se convoca a una asamblea constituyente sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución”<sup>119</sup>.

1.3. En el tema de los vicios formales que tiene que revisar la Corte cuando se trata de reformas a la Constitución, se estableció a partir de la Sentencia C-551 de 2003<sup>120</sup>, que una de las razones para que se constituya un vicio formal es la falta de competencia del órgano reformador. Dicha posibilidad se dio a partir de la diferenciación entre los conceptos de reformar, revisar o modificar la Constitución, que son una competencia propia del poder de reforma o poder constituyente constituido, y la competencia del poder constituyente para cambiar, derogar, subvertir, sustituir o reemplazar una Constitución por otra<sup>121</sup>.

1.4. Teniendo en cuenta esta diferenciación la Corte Constitucional empezó a realizar el control de constitucionalidad no solamente de los vicios formales de los Actos Legislativos<sup>122</sup> en sentido estricto y de los demás mecanismos de reforma a la Constitución<sup>123</sup>, sino también la revisión de la competencia de dicho órgano y así verificar que so pretexto de la reforma no se haya cambiado, derogado, reemplazado o sustituido la Constitución de 1991 por otra integralmente diferente. Este juicio ha sido llamado por la Corte “juicio de competencia”, “metodología o juicio de la sustitución” y también puede ser llamado juicio de “inconstitucionalidad por sustitución”.

1.5. Por otra parte se debe resaltar que en la Sentencia C-551 de 2003 se dijo que cuando la Constitución le asigna a esta Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional, “no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia”<sup>124</sup>. Esta doctrina que se había establecido en un primer lugar para el control de los referendos constitucionales (Art. 376 de la C.P.)<sup>125</sup> se empezó a implementar también en el control de los Actos Legislativos del artículo 375 de la C.P., en la Sentencia C- 1200 de 2003<sup>126</sup>. En dicha jurisprudencia se estableció que el parámetro para hacer el control de los actos reformativos de la Carta está conformado por las disposiciones del Título XIII de la Constitución, así como por los preceptos constitucionales y orgánicos pertinentes y por “las normas constitucionales que regulan la competencia en materia de reforma constitucional”<sup>127</sup>.

1.6. Teniendo en cuenta la diferencia que existe entre poder de reforma y poder constituyente, y así mismo que el poder de revisión no es competente para sustituir, derogar, cambiar, reemplazar o subvertir la Constitución existente so pretexto de la reforma, la Corte Constitucional es competente para establecer si el poder constituyente derivado o secundario asumió las funciones propias del constituyente originario o primario.

## 2. Problema jurídico y esquema de resolución

2.1 El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el artículo 1 (parcial) del Acto Legislativo No 2 de 2009, que establece que, “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica...”, sustituye la

Constitución de 1991 y se configura en un vicio de competencia por el quebrantamiento del principio de autonomía personal, elemento consustancial de la dignidad humana.

2.2. Para solucionar dicho problema la Corte analizará en el numeral tercero (3) si desde el punto de vista formal la demanda cumple con los requisitos para ser estudiada, es decir, si se presentó dentro del término de caducidad de un año después de promulgado el Acto Legislativo, como se establece en el artículo 242.3 de la C.P128. Una vez resuelto este punto la Corte estudiará en el numeral cuarto (4) la evolución jurisprudencial que se ha dado en el tema de los límites competenciales del poder de reforma o la inconstitucionalidad por sustitución en el caso de las reformas constitucionales por Acto Legislativo. Posteriormente, en el numeral quinto (5) se realizará la interpretación histórica, sistemática, teleológica y literal del apartado demandado, para establecer una comprensión integral del precepto. Una vez hechas las interpretaciones anteriormente descritas, la Corte resolverá en el numeral seis (6) si los demandantes establecieron la proposición jurídica completa o si por el contrario por no existir suficiencia en los cargos de la demanda la Corte debe proferir una Sentencia inhibitoria.

### 3. Aspectos preliminares término de caducidad de la acción

3.1. Sobre el término de caducidad de la acción por inconstitucionalidad por sustitución, se tiene que seguir lo que establecen los artículos 242.3 y el inciso final del artículo 379 de la C.P, sobre la caducidad de la acción pública de inconstitucionalidad. En el artículo 242.3 se dice que, “Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto” y en el inciso final del artículo 379 se establece que, “La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2º”129.

3.2. En el caso en estudio se comprueba que se cumple con el término de caducidad ya que el Acto Legislativo 02 de 2009 fue promulgado el día 21 de diciembre de 2009130, y la demanda de inconstitucionalidad fue presentada el día 19 de noviembre de 2010, es decir, antes de cumplirse el año exigido para las demandas de inconstitucionalidad por falta de competencia.

### 4. Análisis de la inconstitucionalidad por sustitución en la reforma constitucional por Acto Legislativo (Art. 375)



4.1. En éste apartado se analizará la llamada inconstitucionalidad por sustitución o los límites competenciales al poder de reforma en materia de Acto Legislativo (art. 375 C.P.), y se hará un recuento de los avances que ha realizado la jurisprudencia sobre el tema, desde la Sentencia C-551 de 2003 hasta la fecha. En dicho numeral se expondrán los requisitos necesarios que debe contener la demanda de inconstitucionalidad por sustitución cuando se trata de un Acto Legislativo, los elementos que ha venido determinando la jurisprudencia como estructurales o consustanciales a la Constitución de 1991, y los pasos que se deben seguir en el “juicio o metodología de la sustitución” para resolver dichas demandas.

4.2. En la Sentencia C-551 de 2003<sup>131</sup>, que hizo el control de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, convocatoria a un referendo constitucional por la vía del artículo 378 de la C.P., se acogió la tesis de los límites competenciales del poder de reforma o la inconstitucionalidad por sustitución. En esta Sentencia se estableció que el poder de reforma o poder constituyente constituido no puede sustituir, derogar, suprimir, reemplazar o destruir la Constitución a partir de la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma y también de una definición de Constitución material que estaría conformada por principios estructurales que la Constitución contiene o aquellos que “surgen del bloque de constitucionalidad”. Sobre esta posibilidad de control que se basa en verificar el contenido de la reforma para ver si el órgano de revisión no rebasó sus competencias, la Corte Constitucional estableció en el fundamento jurídico 39 que,

“Aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad...”<sup>132</sup>.

4.3. Dicha teoría denominada de los “límites competenciales del poder de revisión” o “inconstitucionalidad por sustitución”, se refiere a que la atribución constitucional que se da a los órganos constituidos para reformar la Constitución, no abre la posibilidad para que se conviertan en auténticos poderes constituyentes que puedan llegar a derogar o a sustituir la

Constitución de 1991, por otra integralmente diferente<sup>133</sup>. Esta limitación se basa en la idea de que la técnica de la reforma constitucional, le atribuye competencias a dichos órganos para modificar, revisar, enmendar e implementar nuevos aspectos de la Constitución, pero dicha competencia se restringe con relación a los elementos básicos o fundamentos estructurales de la Constitución y por esto no pueden estos poderes constituidos, derogar, cambiar, sustituir, reemplazar, suprimir, eliminar o destruir los fundamentos de la Constitución de 1991, so pretexto de la reforma.

4.4. El precedente establecido en la Sentencia C-551 de 2004 fue retomado en la Sentencia C-1200 de 2003<sup>134</sup> que hizo el control de constitucionalidad de los artículos 4º y 5º (parcial) del Acto Legislativo 03 de 2002, que establecía la posibilidad de otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República por dos meses para que realizara

las modificaciones a la ley estatutaria de administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, el estatuto orgánico de la Fiscalía y los códigos penal, de procedimiento penal, penitenciario y carcelario y que dichas legislaciones se adecuaran al nuevo sistema penal acusatorio<sup>135</sup>. En dicha ocasión la Corte Constitucional acogió la doctrina de “la inconstitucionalidad por sustitución”, estableciendo que dicha tesis también se puede aplicar cuando se trata de demandas de acción pública de inconstitucionalidad contra Actos Legislativos, ya que resulta acertado diferenciar también en este mecanismo de reforma entre las funciones del poder constituyente y las funciones del poder de reforma.

4.5. En esta misma Sentencia la Corte estableció la diferencia entre el control de constitucionalidad y el control de sustitución por una parte, y el control de intangibilidad y el control de sustitución por otra<sup>136</sup>. En relación con estas diferenciaciones indicó lo siguiente:

“Desfiguraría dicho control de sustitución (i) tratar la reforma constitucional como una ley de rango infraconstitucional que carece de fuerza jurídica para modificar la Constitución, (ii) elevar principios o reglas a normas intangibles que el órgano constituido titular del poder de revisión no puede tocar o reformar como si la prohibición de sustituir la Constitución equivaliera a la petrificación de una parte de la Constitución, (iii) anteponer al poder de revisión supuestos contenidos normativos supraconstitucionales intocables, (iv) efectuar una comparación entre contenidos específicos de la Constitución original y el contenido de la

reforma como si el segundo no pudiera contradecir los primeros al reformarlos, (v) limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución original sin analizar si las enmiendas en su conjunto constituyen una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido remplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma”.

4.6. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte estableció en un primer lugar un parámetro de constitucionalidad para estudiar dichas demandas, que limitara de cierta manera la subjetividad del juez al establecer que, “...el juez constitucional puede acudir a los diversos métodos de interpretación para basarse en referentes objetivos, como por ejemplo los antecedentes de la reforma. También puede acudir al bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, para delinear el perfil definitorio de la Constitución original, así como a los principios constitucionales fundamentales y su concreción en toda la Constitución original, sin que ello autorice a esta Corte para comparar la reforma con el contenido de un principio o regla específica del bloque de constitucionalidad”.

4.7. Por otra parte se estableció en dicha Sentencia la posibilidad de que las demandas puedan darse por sustitución total o parcial, teniendo en cuenta la “trascendencia y magnitud” de la modificación realizada. Sobre este punto dijo la Corte,

“El ejemplo de la monarquía muestra que la sustitución por el hecho de ser parcial no deja de ser sustitución. Si Colombia dejara de ser una república para transformarse en una monarquía parlamentaria, pero continuara siendo democrática, pluralista, respetuosa de la dignidad humana y sujeta al estado social de derecho, sería obvio que la Constitución de 1991 ha sido sustituida por otra constitución diferente. Sin embargo, el mismo ejemplo ilustra un segundo elemento de la sustitución parcial: la parte de la Constitución transformada debe ser de tal trascendencia y magnitud que pueda afirmarse que la modificación parcial no fue reforma sino sustitución”.

4.8. Siguiendo esta misma línea de argumentación estableció que no constituyen sustituciones parciales las reformulaciones parciales, es decir, el cambio en la redacción de la norma sin modificar su contenido esencial; las reconceptualizaciones, es decir, la adición de una salvedad a la aplicación de una norma constitucional que se mantiene en su alcance

general (i.e. establecer la inhabilidad indefinida por pérdida de investidura como excepción a la regla general que prohíbe las penas perpetuas), el cambio en la conceptualización de un valor protegido por la Constitución (i.e. “el pueblo es el único titular de la soberanía” por “la soberanía reside exclusiva e indivisiblemente en el pueblo”; las excepciones específicas, es decir, la introducción por el propio poder de reforma de límites y restricciones para armonizar valores e intereses enfrentados (i.e. introducir como límite a la libertad de prensa el respeto a la honra o permitir la suspensión de la ciudadanía para los condenados a pena de prisión en los casos que señale la ley), y las limitaciones o restricciones de aspectos definitorios de la Constitución que no sean de tal magnitud que supongan la supresión, la derogación o la sustitución de una Constitución por otra<sup>137</sup>.

4.9. En esta primera Sentencia la Corte se declaró inhibida para fallar y estableció la regla de que,

“Cuando un ciudadano demanda una reforma constitucional por considerarla inconstitucional tiene la carga argumental de demostrar que la magnitud y trascendencia de dicha reforma conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra. No basta con argumentar que se violó una cláusula constitucional preexistente, ni con mostrar que la reforma creó una excepción a una norma superior o que estableció una limitación o restricción frente al orden constitucional anterior. El actor no puede pedirle a la Corte Constitucional que ejerza un control material ordinario de la reforma como si ésta fuera inferior a la Constitución. Esto es fundamental para delimitar el alcance del control atribuido al juez constitucional”.

4.10. Con posterioridad a la Sentencia C-1200 de 2003, fueron demandados ante la Corte Constitucional, mediante la acción pública de inconstitucionalidad, los Actos Legislativos No 3 de 2002, No 1 de 2003, No 2 de 2004, No 1 de 2005, No 1 de 2007 y No 1 de 2008. Dichas demandas fueron resueltas mediante las Sentencias C-572 de 2004, C- 816 de 2004, C-970 de 2004, C-971 de 2004, C-1040 de 2005, C-181 de 2006, C-472 de 2006, C-740 de 2006, C-986 de 2006, C-153 de 2007, C- 293 de 2007, C-757 de 2008 y C-588 de 2009. Igualmente hay que destacar la Sentencia C-141 de 2010, en donde se volvió a utilizar el precedente de la Sentencia hito C-551 de 2003 en el tema de los referendos constitucionales, esta vez por iniciativa ciudadana. En los siguientes numerales se hará un resumen de los principales aspectos establecidos en la antecitada jurisprudencia sobre el tema.

4.11. En la Sentencia C-572 de 2004 la Corte avocó la demanda del Acto Legislativo No 1 de 2003 sobre la reforma política. El demandante manifestaba que el acto legislativo acusado violaba la Constitución por cuanto dicha reforma restringía exageradamente los derechos de los ciudadanos a participar políticamente, y por tanto “hay un exceso en el ejercicio de las competencias del Congreso sobre este punto...”<sup>138</sup>. En el mismo sentido la Corte estableció que el ciudadano debe concretar y especificar con claridad, y no de manera genérica, el cargo de inconstitucionalidad, esto es, que debe señalar (i) cuál fue el vicio de trámite en que incurrió el Congreso, o (ii) por qué hubo un vicio de competencia “que pudo llegar incluso a determinar una sustitución de la Constitución”.

4.12. Teniendo en cuenta lo anterior y retomando la diferenciación que se había realizado en la Sentencia C-1200 de 2003, entre (i) juicio de constitucionalidad, (ii) juicio de intangibilidad y (iii) juicio de sustitución, la Corte Constitucional en la Sentencia C-572 de 2004 se declaró inhibida para fallar ya que los demandantes no establecieron de manera clara y concisa de qué manera el principio de representación política, de protección a las minorías o de división de poderes se vio suprimido, eliminado o “limitado radicalmente” en el caso concreto y se limitaron a hacer comparaciones entre las normas constitucionales que se reformaban y el Acto Legislativo, haciendo inviable la posibilidad que la Corte efectuara el juicio de sustitución<sup>139</sup>.

4.13. En tercer lugar, sobre el tema del control de constitucionalidad de los Actos Legislativos por inconstitucionalidad por sustitución, se debe tener en cuenta la Sentencia C-816 de 2004<sup>140</sup> que conoció de la inconstitucionalidad del Acto Legislativo No 2 de 2004, mal llamado “Estatuto Antiterrorista”<sup>141</sup>, que había modificado el derecho a la intimidad personal, y la prohibición de violar la correspondencia y demás formas de comunicación privada (art.15); la libertad de circulación (art. 24); y el derecho a la libertad personal que obliga a la autoridad a detener personas solo con autorización judicial, al igual que el derecho de habeas corpus, que ordena a las autoridades a poner a disposición judicial dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la persona detenida preventivamente (art. 28). Igualmente establecía dicho Acto Legislativo la inclusión de un párrafo segundo al artículo 250 que permitiría crear unidades especiales de policía judicial con miembros de la Fuerzas Militares, para suplir las funciones de la Fiscalía General de la Nación en la investigación de los delitos de terrorismo y contra la seguridad pública.

4.14. En las demandas contra el Acto Legislativo No 2 de 2004, se presentaron dos tipos de cargos<sup>142</sup>. En primer lugar un cargo sobre la violación del procedimiento legislativo que daba lugar a un vicio de forma propiamente dicho, y por otro lado el cargo de los límites competenciales del poder de reforma o la inconstitucionalidad por sustitución, porque dicha reforma violaba principios estructurales inmanentes a la Constitución de 1991 y aquellos que derivaban del Bloque de Constitucionalidad. Los demandantes consideraron que la reforma desconocía aspectos esenciales de los derechos humanos, protegidos por tratados internacionales sobre derechos humanos, como la distinción entre personas civiles y combatientes, el principio “pro homine”, el principio de “pacta sunt servanda”, y la prevalencia del “ius cogens” en materias tan sensibles como el derecho de habeas corpus, el principio de protección al derecho a la intimidad, libertad de circulación y juzgamiento por autoridades judiciales.<sup>143</sup>

4.15. A pesar de que la Corte en esta ocasión acogió el precedente sobre la posibilidad de conocer demandas contra Actos legislativos por falta de competencia del órgano de revisión<sup>144</sup>, se estableció que por ser evidente y clara la violación del procedimiento legislativo<sup>145</sup>, y con base en el principio de eficiencia procesal contenido en el artículo 228 de la C.P. no era necesario en este caso pronunciarse sobre el tema de los límites competenciales del poder de reforma<sup>146</sup>.

4.16. Posteriormente en la Sentencia C-970 de 2004<sup>147</sup> que conoció de la constitucionalidad del Acto Legislativo No 3 de 2003 en donde se demandó nuevamente el artículo 4º transitorio que le daba facultades extraordinarias al Presidente de la República, para expedir las reformas a las normas y códigos en materia penal y penitenciaria para adecuarlas al nuevo sistema penal acusatorio. En dicha providencia se retoma la jurisprudencia y las aproximaciones al tema de la sustitución, que se habían establecido en las Sentencias C-551 de 2003 y C-1200 de 2003, pero se establece que debido a que la finalidad del poder de reforma es adecuar la norma constitucional a las necesidades de la sociedad, y que el juicio de sustitución es más limitado que el juicio de intangibilidad, es posible realizar una alteración del principio estructural, sin que se llegue al grado de sustituirlo. Dijo la Corte en aquella oportunidad que,

“No puede perderse de vista, sin embargo, que el poder de reforma constitucional obedece a la necesidad de acomodar la Constitución a nuevas realidades políticas, a nuevos

requerimientos sociales, o a nuevos consensos colectivos. Por esta razón, el concepto de sustitución de la Constitución no puede privar de contenido al poder de reforma constitucional. Si la Constitución es, por definición y en su sentido material, un cuerpo normativo que define la estructura esencial del Estado, los principios y valores fundamentales, las relaciones entre el Estado y la sociedad, los derechos y los deberes, resulta claro que un poder facultado para reformar la Constitución puede incidir sobre esos distintos componentes. De modo que la alteración de un principio fundamental no puede tenerse, per se, como sustitución de la Constitución, porque ese es, precisamente, el contenido del poder de reforma constitucional que, como tal, tiene capacidad para alterar principios fundamentales. Una cosa es alterar un principio fundamental y otra distinta sustituir un elemento definitorio de la identidad de la Constitución”<sup>148</sup>.

4.17. En esta misma Sentencia se exponen los pasos metodológicos – metodología o juicio de sustitución- que han de tenerse en cuenta para la realización del estudio de la competencia del órgano reformador y la posible inconstitucionalidad por sustitución. Sobre este juicio dijo la Corte que, “no se trata, en tales eventos, de un examen de fondo en torno al contenido del acto reformativo de la Constitución, sino de un juicio sobre la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma”<sup>149</sup>.

4.18. Por tal razón expuso que la Corte debe analizar si el órgano que expidió la reforma era competente para hacerlo y por ende debe verificar como premisa mayor “... los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo”, ya que ello permite establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado. Sobre esta primera parte de la metodología de la sustitución estableció la Corte que se trata de verificar un enunciado específico y “no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad”.

4.19. En segundo lugar, como premisa menor procedió la Corte a examinar el acto acusado “para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios

identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control”, y finalmente se contrasta las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado por la Corte, esto es, la verificación de “...si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente...”<sup>150</sup>, para así determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia del órgano reformador.

4.20. Aplicando el juicio o metodología de la sustitución la Corte encontró que el Acto Legislativo era exequible, ya que se conferían las facultades al ejecutivo por un término razonable y unas materias específicas para que adecuara al nuevo sistema penal acusatorio la Ley Estatutaria de administración de justicia, la Ley Estatutaria de habeas corpus, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código Penitenciario y Carcelario el Estatuto Orgánico de la Fiscalía. Para la Corte, el otorgamiento de facultades específicas y limitadas al ejecutivo para dictar las reformas a estas leyes, no violaba el principio de separación de poderes ya que se trataba de una alteración puntual, excepcional, transitoria y específica de delegación de potestades legislativas en el ejecutivo<sup>151</sup>.

4.21. La misma metodología y los mismos presupuestos expuestos en la Sentencia C-970 de 2004 fueron esbozados por la Corte en la Sentencia C-971 de 2004<sup>152</sup>, en donde se hizo el control de constitucionalidad del parágrafo del artículo 3º del Acto Legislativo No 01 de 2003 sobre la reforma política, en el tema de la financiación de los partidos y el sistema de reposición de votos<sup>153</sup>. El demandante alegaba que otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República para que reglamentara lo relacionado con las elecciones departamentales y municipales, violaba el principio democrático y el principio de separación de poderes, ambos esenciales de la Constitución colombiana.

4.23. Posteriormente en la Sentencia C-1040 de 2005<sup>154</sup>, se resolvió la demanda de inconstitucionalidad de la integridad del Acto Legislativo No 2 de 2004, que daba lugar a la posibilidad de la reelección inmediata del Presidente de la República por una sola vez, y la expedición de una ley de garantías electorales para garantizar el principio de igualdad a los demás candidatos. En dicha Sentencia se volvió a utilizar el precedente de los límites competenciales del poder de revisión y se estableció que el fenómeno jurídico de la sustitución se presenta cuando, “...un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente



diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991”.

4.24. Al mismo tiempo estableció que al Congreso de la República le está vedado a través de la reforma sustituir o reemplazar de forma total o parcial, permanente o transitoria la Constitución. Del mismo modo se especificó que aunque se autoriza al Congreso para efectuar las reformas importantes que adapten la Carta “a la evolución de la sociedad y responder a las expectativas de los ciudadanos” los cambios parciales tampoco pueden llegar a ser de tal magnitud “que haga imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria...”<sup>155</sup>.

4.25. Por otra parte, se hizo hincapié en que en las sentencias C-970 y C-971 de 2004 se había delineado el método para efectuar el juicio de sustitución en los tres pasos descritos, en donde: a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, finalmente, c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles<sup>156</sup>.

4.26. A partir de estas tres premisas la Corte elaboró una metodología más extensa de la sustitución que va dirigida a la mayor exigencia que se debe realizar en las demandas de inconstitucionalidad por sustitución, en donde se resalta que el actor en la demanda y la Corte en el estudio de constitucionalidad, deben tener una mayor carga argumentativa que en las que se establece para las demandas de inconstitucionalidad. Sobre estas exigencias dijo la Corte que se tienen que verificar siete elementos y estableció que:

“El método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto. Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada.

Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreducible a un artículo de la Constitución, – para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior...”157.

4.27. Por otra parte, en cuanto a los elementos a tener en cuenta en el juicio de sustitución se dijo que, “Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución de los otros dos mencionados, residen en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad”. Finalmente se estableció que se debe verificar el resultado que lleve a la conclusión de que “como el elemento esencial definitorio ha sido remplazado por otro opuesto o integralmente diferente, no es posible armonizar la reforma constitucional con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible, para lo cual el bloque de constitucionalidad es especialmente relevante”158.

4.28. Teniendo en cuenta estos elementos y siguiendo los pasos de la metodología se decidió en esta Sentencia que los principios de separación de poderes, alternancia del poder e igualdad electoral no se vieron sustituidos por otros al permitir la reelección presidencial por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria que garantizara los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial159. Sin embargo, cuando se analizó la constitucionalidad del párrafo transitorio del artículo 4º del Acto Legislativo demandado, que establecía que si en un plazo de dos meses el Congreso no dictaba la ley de garantías electorales se le daba potestades al Consejo de Estado para que lo hiciera160, la Corte encontró que dicha reforma sustituía o reemplazaba el principio de separación de poderes y

declaró por primera vez la inconstitucionalidad de una reforma a la Constitución por falta de competencia del órgano reformador o inconstitucionalidad por sustitución<sup>161</sup>.

4.29. Siguiendo con la numeración cronológica de las Sentencias que se han proferido respecto de Actos Legislativos por inconstitucionalidad por sustitución, se deben analizar ahora las Sentencias C- 181, C-472, C-740, C-986 de 2006 y C-153 y C-293 de 2007, que resolvieron las demandas contra el Acto Legislativo No 1 de 2005 que reformaba el artículo 48 de la C.P. En dichas Sentencias la Corte Constitucional se volvió a inhibir porque no se presentaron los cargos de una manera clara, pertinente, concreta, congruente ni específica en la determinación del principio estructural y las razones de la sustitución, ya que muchas veces se demandó teniendo en cuenta un artículo de la Constitución que había sido violado, dando lugar a que se utilizaran los parámetros normativos del juicio del control material de las leyes o del juicio de intangibilidad, pero no los presupuestos del juicio de sustitución.

4.30. En las Sentencias C-472 de 2006, C-740 de 2006, C-986 de 2006 y C-153 de 2007, se utilizó el parámetro normativo de la violación de los principios que derivan del bloque de constitucionalidad, al establecerse en la demanda que la modificación constitucional vulneraba los Convenios de la OIT 97, 98, 151 y 154 que según el artículo 53 inciso tres de la C.P. hacen parte del bloque de constitucionalidad. La Corte estableció, por ejemplo en la Sentencia C-293 de 2007, que “No es admisible, entonces, que, so pretexto de la sustitución de la Carta, el demandante se limite a alegar que se ha subvertido el orden constitucional, sin demostrar cómo, o que, sencillamente, le proponga a la Corte Constitucional el adelantamiento de un juicio de constitucionalidad material basado en la comparación del contenido de una reforma constitucional con otras normas de la Carta Política”, y por esta razón profirió un fallo inhibitorio.

4.31. Por otro lado en la Sentencia C-757 de 2008<sup>162</sup> que resolvió la demanda de inconstitucionalidad por sustitución del Acto Legislativo No 1 de 2007, sobre la ampliación de la moción de censura a los superintendentes y directores de los departamentos administrativos, y la posibilidad de citar a sesiones a estos funcionarios para efectuar el control político, so pena de ser sancionados con la moción, en donde se modificaban los numerales 8 y 9 del artículo 135 de la C.P. En esta ocasión la Corte consideró que el cargo y los fundamentos de sustitución estaban bien formulados, pero encontró que el principio de bicameralismo no se sustituía o eliminaba con dicha reforma, porque a pesar de que la

moción de censura se hacía en el Congreso en Pleno, la aprobación de la moción requería de la mayoría absoluta de los integrantes de cada Cámara.

4.32. En esta misma Sentencia se dijo que, en las acciones públicas de inconstitucionalidad por vicios de forma, como es el caso de los vicios competenciales del poder de reforma o inconstitucionalidad por sustitución, la competencia de la Corte Constitucional se encuentra determinada por los cargos de la demanda<sup>163</sup>, y se especificó que los criterios que han sido fijados por la jurisprudencia en torno al concepto de sustitución de la Constitución son los siguientes:

“a) El poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales; b) Por virtud de estos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta; c) Para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad; d) La Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello; e) El poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución; f) Sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución. En consecuencia de lo anterior, se produce una sustitución de la Constitución, cuando la misma como un todo, es reemplazada por otra, caso en el cual se trataría de un sustitución total, o cuando un elemento esencial definitorio de su identidad es reemplazado por otro integralmente distinto, evento que daría lugar a una sustitución parcial”<sup>164</sup>.

4.33. Del mismo modo en la Sentencia C-588 de 2009<sup>165</sup> la Corte Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No 1 de 2008 que adicionaba al artículo 125 de la C.P un párrafo transitorio que establecía que, “Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de la publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera...”<sup>166</sup>. En dicha Sentencia se estableció nuevamente que a partir de la

diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma o revisión, con base en el artículo 375 de la C.P. no se pueden sustituir, reemplazar o derogar los elementos axiales de la Constitución de 1991<sup>167</sup>.

4.34. Al mismo tiempo se estableció que el juicio de sustitución no es un concepto acabado, completo o definitivamente agotado y que en cada caso concreto se especificarán los elementos relacionados con los elementos estructurales de la Constitución que no pueden ser cambiados, sustituidos o reemplazados. También manifestó que la jurisprudencia constitucional ha venido decantando ciertos aspectos relacionados con el juicio de sustitución, como la diferencia del juicio de intangibilidad y el juicio de control material, la posibilidad de que el análisis se haga sobre reformas totales o parciales, transitorias o permanentes, y la especificación de los elementos que se deben tener en cuenta en la metodología de la sustitución<sup>168</sup>.

4.35. Igualmente se dijo en ésta Sentencia que en la realización del juicio de sustitución de la Constitución le corresponde a la Corte asumir una carga argumentativa mayor orientada a fijar tanto la premisa mayor, que se corresponde con la identificación del elemento estructural que se considera sustituido, como la premisa menor y la síntesis para comprobar si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.

4.36. Por otra parte se introdujo en ésta Sentencia el llamado “Test de efectividad” que puede ser aplicable en el análisis de las reformas a la Constitución. El test de la efectividad tiene como objetivo verificar si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, “...entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular”. Igualmente se estableció que dicho test trata de impedir que a través de la reforma a la Constitución se establezcan normas “puramente singulares o adoptadas exclusivamente para ser aplicada a unos sujetos determinados y concretos”. Dijo la Corte que las normas de carácter ad-hoc dirigidas a favorecer, o en su caso a desmejorar, las condiciones de un grupo específico de personas,

violarían el presupuesto de generalidad o universalidad que deben tener las normas constitucionales<sup>169</sup>.

4.37. Por último, se estableció que debido a la finalidad de la Constitución de tener una compilación en un cuerpo completo de normas, se proscriben las modificaciones tácitas o de imposible, difícil o dudoso conocimiento, "...lo que a su vez implica la clara identificación de los textos que mediante los especiales procedimientos son sometidos a modificación y que, efectivamente, se produzcan transformaciones a tal punto verificables que la certeza acerca de aquello que rige, en la cima del ordenamiento y como Derecho superior del Estado, aflore con facilidad, acompañe la variación y sea prenda de garantía de la seguridad jurídica".

4.39. Finalmente, la tesis de los límites competenciales al poder de reforma o la inconstitucionalidad por sustitución se aplicó nuevamente en un fallo sobre la convocatoria a un referendo por iniciativa ciudadana en el estudio de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, que pretendía reformar la Constitución para posibilitar la reelección del Presidente de la República por una segunda vez. En esta ocasión la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-141 de 2010<sup>172</sup>, decidió declarar la inconstitucionalidad no solamente porque se habían vulnerado varios aspectos relacionados con el trámite del referendo, sino también porque el contenido de la reforma, daba lugar a la sustitución de la Carta de 1991, y por lo tanto el órgano reformador excedía sus competencias de poder constituyente constituido a poder constituyente originario<sup>173</sup>.

4.40. Sobre el tema de la inconstitucionalidad por sustitución reiteró la Corte la diferencia entre juicio de violación de un contenido material de la Constitución, juicio de intangibilidad y juicio de sustitución y estableció que,

"Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución del juicio de intangibilidad y del juicio de violación de un contenido material de la Constitución, consisten en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad. Además, el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni se verifica si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad-, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se

aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles”.

4.41. Igualmente en esta jurisprudencia se estableció nuevamente que el concepto de sustitución de la Constitución “no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido a la Corporación sentar unas premisas a partir de las cuales avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional”<sup>174</sup>.

4.42. Finalmente hay que destacar que en la Sentencia C-141 de 2010 se sentó definitivamente la tesis de la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma, tratándose incluso de mecanismos de reforma, como el referendo constitucional del artículo 378 de la C.P. en donde se da participación al pueblo en el procedimiento de reforma. Sobre este punto dijo la Corte que parafraseando a Jon Elster<sup>175</sup>,

“...el pueblo también está atado a la Constitución de 1991 y por lo tanto no puede modificar sus elementos definitorios cuando actúa en el ejercicio del poder de reforma (...) La misma mediación del Congreso y la participación final del pueblo que se reduce a aprobar o improbar el texto normativo sometido a su votación, deja serias dudas sobre su actuación en este caso como constituyente originario, pues las estrictas regulaciones procedimentales a las que está sujeta la participación popular riñen con la esencia misma de este concepto el cual doctrinalmente siempre ha sido caracterizado como ilimitado y no sometido a cauces procesales. Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es posible aseverar que existe una regla común según la cual todos los órganos constituidos tienen un poder de reforma limitado”.

4.43. Teniendo en cuenta esta diferenciación, la única posibilidad para hacer una transformación total de la Carta Política es a través de la Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente del artículo 376 de la C.P., “...siempre que sea convocada expresamente para proferir una nueva Carta...”<sup>176</sup>. Sin embargo, sobre esta posibilidad también se ha establecido por parte de la doctrina que el poder constituyente no es absoluto,

ilimitado y soberano en su labor, ya que tiene que cumplir con una serie de limitaciones propias de su labor que ya habían sido anunciadas por Siéyes en el Capítulo V. de Qué es el tercer Estado y que se refieren a que (i) tiene que hacer una Constitución y no otra cosa, (ii) tiene que actuar por un tiempo limitado, (iii) y no puede defraudar la voluntad de los representados. Así mismo tendría que tener en cuenta los precompromisos en materia de tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas del *Ius Cogens*, si quiere seguir estableciendo una Constitución democrática liberal y no otra cosa, circunstancias que la Corte Constitucional tendrá que evaluar en su momento<sup>177</sup>.

4.44. En conclusión sobre la evolución que se ha dado en la jurisprudencia de la Corte en materia de control de constitucionalidad de los Actos Legislativos por falta de competencia del órgano reformador o “inconstitucionalidad por sustitución”, se puede afirmar que han establecido una serie de criterios que han delineado los presupuestos a tener en cuenta para realizar este tipo de control y que pueden ser resumidos en los siguientes puntos:

1. Que por tratarse de una demanda por un vicio formal relacionada con la competencia, la Corte tiene que verificar que no se haya sobrepasado el término de caducidad de un año establecido en los artículos 242.3 e inciso final del artículo 379 de la C.P, y que la competencia en el análisis de la demanda estará únicamente determinada por los cargos establecidos en ella.

1. Que el juicio de sustitución no es un juicio de intangibilidad ni tampoco un juicio de un contenido material de la Constitución, ya que el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni verificar si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad. Por tal razón, la Corte debe comprobar que este elemento esencial es irreductible a un artículo de la Constitución o un límite material intocable por el poder de reforma, lo cual supone evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte.



1. Que el concepto de sustitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido sentar unas premisas para avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. En este sentido se trata de un control de tipo inductivo y no deductivo, porque la Corte analizará en cada caso concreto si el principio estructural fue sustituido, pero al mismo tiempo el precedente en torno a la definición del principio servirá para resolver si se presentó o no la sustitución de la Constitución en casos posteriores.

1. Que la sustitución de la Constitución puede ser total, parcial, temporal o definitiva. En todos los casos se debe analizar si la sustitución es de tal magnitud que se ha producido un cambio o reemplazo de la Constitución existente.

1. Que para determinar si la Constitución fue sustituida por otra -parcial, total, transitoria o permanentemente- se debe realizar el llamado “juicio o metodología de la sustitución” que está compuesto de tres premisas. En primer lugar la Premisa mayor (i) en donde se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución; en segundo término la Premisa menor (ii) en donde se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, finalmente, la Premisa de síntesis (iii) en donde se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles.

1. Que para la verificación del cumplimiento de la Premisa mayor, la Corte debe comprobar a través de una lectura transversal e integral de la Constitución de 1991, si dicho elemento que se establece como sustituido es un elemento estructural o axial de la Constitución. Este elemento estructural puede estar reflejado o contenido en varios artículos de la Constitución o en elementos del bloque de constitucionalidad, que se pueden determinar a través del análisis histórico o sistemático de la Constitución. Para construir dicha premisa es necesario para el demandante en su acción y para la Corte en su estudio: (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y

definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada.

1. Que mediante el llamado test de la eficacia el juez constitucional puede comprobar: (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular, (ii) que el cambio no dio lugar a que se establecieran normas ad hoc o particulares, y (iii) que no se hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la Constitución.

1. Teniendo en cuenta lo anterior se puede afirmar que dentro de la clasificación de los límites al poder de reforma constitucional, la Corte Constitucional a través de la teoría de la inconstitucionalidad por sustitución ha reconocido que existen unos límites intrínsecos<sup>178</sup> al poder de reforma, ya que estos se encuentran reflejados en la Constitución misma o en los elementos del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, estos límites intrínsecos al poder de reforma no deben confundirse con elementos intangibles ni inmanentes<sup>179</sup>, como en las Constituciones que establecen cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas, ya que el análisis de sustitución que se realiza a través de la metodología planteada en la jurisprudencia descrita tiene como finalidad comprobar que se produjo evidentemente una sustitución de la Constitución so pretexto de la reforma. Esta sustitución como se ha dicho, puede ser total, parcial, temporal o permanente y se refiere a principios estructurales o axiales que hacen parte de la arquitectura constitucional de la Constitución de 1991.

4.45. Una vez descrito lo que ha establecido la jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad por sustitución, cuando se trata de la reforma por Acto Legislativo del artículo 375 de la C.P. y de Referendo Constitucional del artículo 378 de la C.P., pasa la Corte a realizar el estudio histórico, literal, sistemático y teleológico del precepto demandado y posteriormente si los demandantes establecieron los cargos de una manera suficiente en la conformación de la unidad normativa del apartado del precepto demandado.

5. Análisis del caso concreto: interpretación histórica, sistemática, teleológica y literal del

precepto demandado y análisis de la suficiencia y de la unidad normativa de la demanda presentada

En el siguiente acápite la Corte procederá a realizar la interpretación histórica, sistemática, teleológica y literal del precepto demandado

## 5.1. Interpretación histórica

5.1.1 La interpretación histórica, consiste en analizar las propuestas y los debates que se dieron en el proceso de reforma constitucional para reconstruir de esta manera la intención aproximada del órgano reformador. Sobre esta interpretación la Corte analizará dos puntos: en un primer lugar los primeros intentos de reforma a la Constitución que se dieron una vez que se produjo la despenalización del porte y consumo de la dosis mínima de estupefacientes mediante la Sentencia C-221 de 1994, y posteriormente el análisis propiamente histórico en donde se estudiarán los debates que se produjeron en el Congreso para la aprobación de la reforma que dio lugar al Acto Legislativo 02 de 2009.

5.1.2. En cuanto a los primeros intentos de reforma a la Constitución que se dieron una vez que se produjo la despenalización del porte y consumo de la dosis mínima de estupefacientes mediante la Sentencia C-221 de 1994, se debe resaltar que tanto en los gobiernos de César Gaviria (1990 - 1994) como de Ernesto Samper (1994 -1998) se dieron manifestaciones en donde se decía que la despenalización de la dosis personal era contraria al compromiso con la guerra a las drogas y que por ende se debería volver a sancionar dichas conductas. El tema de la “repenalización” de la dosis personal desapareció durante el gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002), pero regresó con intensidad al debate público bajo el gobierno de Álvaro Uribe (2002-2010), que desde la campaña presidencial del 2002 había propuesto la necesidad de sancionar de nuevo la “dosis personal”.

5.1.3. Durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez se presentaron varios intentos de reforma a la Constitución. En un primer lugar, mediante el referendo constitucional de 2003<sup>180</sup>, en donde el Gobierno incluyó el tema de la sanción del porte y consumo de la dosis mínima con la introducción de una pregunta del referendo que de ser aprobada, incluiría la reforma del artículo 16 de la Constitución sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En dicha pregunta se establecía que para prevenir la adicción y para recuperar a los adictos se, “...sancionará, con penas distintas a la privación de la libertad, el consumo y porte de esos

productos para uso personal, en la medida en que resulte aconsejable para garantizar los derechos individuales y colectivos, especialmente los de los niños y adolescentes”<sup>181</sup>. Esta pregunta del referendo fue declarada inconstitucional en la Sentencia C-551 de 2003, por violación del principio de publicidad<sup>182</sup>.

5.1.4. Con posterioridad a este primer intento de reforma constitucional vía referendo constitucional, se intentó introducir de nuevo el tema de las sanciones al porte y consumo de estupefacientes mediante el Proyecto de Acto Legislativo 133 de 2006 en donde se proponían algunas reformas a la Constitución en materia de justicia. En el artículo primero de dicho proyecto se establecía nuevamente la reforma del artículo 16 de la C.P. en donde se decía que, “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. En garantía del libre y efectivo desarrollo de la personalidad, especialmente de niños y adolescentes, la ley podrá establecer sanciones no privativas de la libertad al consumo y porte de sustancias alucinógenas o adictivas para uso personal”<sup>183</sup>. Este proyecto de reforma a la justicia que incluía la reforma al artículo 16 de la C.P. tendiente a sancionar el porte y consumo de estupefacientes finalmente no fue aprobado en el Congreso.

5.1.5. Por otra parte en el año 2007, el Gobierno propuso una vez más la temática de la sanción del porte y consumo de estupefacientes mediante el proyecto de Acto Legislativo No 22 de 2007, que esta vez pretende reforma el artículo 49 de la C.P. sobre el derecho a la salud<sup>184</sup>. Dicha propuesta de reforma constitucional que finalmente no fue aprobada, establecía un aparte en donde se decía que, “...La ley podrá establecer sanciones no privativas de la libertad al porte y al consumo en lugares públicos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso personal. El Estado desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de la recuperación de los adictos”<sup>185</sup>.

5.1.6. En el año 2008 no se volvió a proponer el tema de la reforma de la Constitución para sancionar el porte y consumo de estupefacientes. Sin embargo, después de que se publicó el “Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Hogares de Colombia” en el año 2009<sup>186</sup>, se propuso nuevamente el tema de la reforma constitucional para sancionar el porte y consumo de sustancias alucinógenas y sicotrópicas mediante la reforma del artículo 49 de la C.P. sobre el derecho a la salud.

5.1.7 Dicha propuesta fue llevada a cabo por el Gobierno<sup>187</sup> el 20 de marzo de 2009, mediante la presentación del Acto Legislativo número 285 de 2009. En la Exposición de Motivos de dicho proyecto se estableció lo siguiente:

Por esta razón, es imperioso a juicio del Gobierno Nacional, adicionar el texto del artículo 49 de la Constitución de 1991, con el fin de ampliar su contenido con un inciso final, en el sentido de prohibir el porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. De otro lado, como parte de una filosofía preventiva y rehabilitadora, se faculta al legislador para establecer medidas con carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico para quienes consuman dichas sustancias, pudiendo acompañar dichas medidas (sic) limitaciones temporales al derecho a la libertad, las cuales se harán efectivas en instituciones adaptadas para ello, sin que dichas limitaciones impliquen por sí mismas penas de reclusión en establecimientos carcelarios. Adicionalmente, se impone al Estado, de un lado, la tarea de dedicar especial atención al consumidor dependiente o adicto como a los miembros de su grupo familiar, con el fin de fortalecerlo en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y de contera, a la comunidad, y del otro, desarrollar permanentemente campañas de prevención contra el consumo de drogas y a favor de la recuperación de los enfermos dependientes o adictos.

Este proyecto de acto legislativo está fundamentado en los preocupantes resultados arrojados por los estudios realizados en materia de consumo y tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, y en especial, en razones de protección a la salud de la persona, como derecho constitucional fundamental de esta, las cuales hacen procedente la presente iniciativa. Igualmente, es fundamental hacer efectiva la obligación a cargo del Estado de adoptar las acciones y medidas necesarias para garantizar la protección y la recuperación de la salud de las personas, mediante el desarrollo permanente de campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de la recuperación de los adictos”<sup>188</sup>.

5.1.8. Igualmente en la Exposición de Motivos se enumeran como objetivos de la reforma constitucional los siguientes:

“1. Prohibir el porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Aprobado el

Acto legislativo, corresponderá al legislador desarrollar mecanismos y procedimientos que permitan distinguir entre el consumidor y el delincuente que trafica y distribuye las drogas ilícitas; 2. Garantizar la protección del derecho a la salud pública de la población amenazada por el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, considerando el deber que toda persona tiene a procurar el cuidado integral de su salud y el de la comunidad; 3. Que el legislador establezca medidas con carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico para quienes consuman dichas sustancias, pudiendo acompañar dichas medidas (sic) limitaciones temporales al derecho a la libertad, las cuales se harán efectivas en instituciones adaptadas para ello, sin que dichas limitaciones impliquen por sí mismas penas de reclusión en establecimientos carcelarios; 4. Que el Estado desarrolle en forma permanente, campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes, y en favor de la recuperación de los enfermos dependientes o adictos, y; 5. Que el Estado dedique 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 ende de la comunidad”.

5.1.9. Por otro lado se hizo referencia en la Exposición de Motivos a que la iniciativa no pretendía penalizar con medida privativa de la libertad al consumidor, sino acompañarlo con medidas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas que le ayudaren a él y a su familia a superar sus dificultades. Esto en contraste con la Ley 30 de 1986 donde el porte y el consumo de cualquier estupefaciente era penalizado. 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 para uso personal, distinguiéndolos de aquellos que portan las sustancias prohibidas con fines de provecho económico ilícito.

5.1.10. Igualmente se cita el discurso realizado por el doctor Fabio Valencia Cossio, Ministro del Interior y de Justicia de la época presentado ante el pleno en el marco del 52° período de sesiones de la Comisión de Estupefacientes realizado en Viena (Austria) en marzo de 2009 en el cual señalaba que,

“el Gobierno colombiano prepara un conjunto de iniciativas que comprenden la creación de una nueva instancia basada en la aproximación de salud pública, que sin penalizar el consumo desde la perspectiva punitiva tradicional, tampoco permita su liberalización y

menos la legalización de la producción y distribución de las drogas ilícitas. El Gobierno regulará y coordinará con las entidades del sector de la salud la provisión de tratamientos necesarios, y propondrá la eliminación de la dosis personal bajo el respeto de los principios constitucionales, reconociendo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene límites en los derechos de los demás y en el respeto del orden jurídico”.

5.1.11. Teniendo en cuenta lo anterior se propuso en lo referente al porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas el inciso sexto y séptimo del artículo 49 de la C.P. en donde inicialmente se establecía lo siguiente:

“El porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas está prohibido. Con fines preventivos y rehabilitadores, la ley establecerá medidas con carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico para quienes consuman dichas sustancias. Por decisión de una instancia conformada por el sector salud y la rama judicial, estas medidas podrán estar acompañadas de limitaciones temporales al derecho a la libertad, y se harán efectivas en instituciones adaptadas para los fines propios de la prevención y la rehabilitación. Las limitaciones a la libertad que se llegaren a imponer, no implicarán de suyo la aplicación de penas de reclusión en establecimientos carcelarios.

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”

5.1.12. Finalmente en la Exposición de Motivos, después de analizar la regulación normativa que se ha dado en Colombia<sup>189</sup> y la Convención de Viena de 1988<sup>190</sup> en materia de porte y consumo de estupefacientes, concluyen que se hace necesario una reforma a la Constitución que permita al Congreso adoptar medidas para enfrentar la problemática actual en materia de consumo y porte de sustancias ilícitas que generan adicción y atentan contra la salud de la persona y la comunidad, esto con fines preventivos y rehabilitadores. En las conclusiones se dice que,

“Para el Gobierno Nacional, no son suficientes las campañas educativas y preventivas para enfrentar el consumo de drogas ilícitas particularmente en la población joven, sino que es

imprescindible sumar a ellas medidas especiales, siempre dentro de una filosofía preventiva y rehabilitadora como aquella que inspira la creación de los Tribunales de Tratamiento siguiendo el modelo que se viene implementando en más de 12 países del mundo, en los cuales funcionarios de la rama judicial (fiscales y jueces) en un trabajo conjunto con profesionales del sector de la salud (médicos, psicólogos, toxicólogos y terapeutas), puedan acompañar integralmente al consumidor de drogas ilícitas, ayudándole a tomar conciencia de los efectos de su consumo y de la necesidad de un tratamiento terapéutico”<sup>191</sup>.

5.1.13. Una vez radicada la iniciativa del proyecto de reforma constitucional se surtieron los ocho debates correspondientes, con sus respectivas conciliaciones. El primer debate del primer período se surtió en la Comisión Primera de la Cámara el 28 de abril 2009, el segundo debate el 12 de mayo de 2009 en la plenaria de la Cámara, el tercer debate el 2 de junio de 2009 en el Senado de la República y el último debate de la primera vuelta el 17 de junio de 2009 en la plenaria del Senado de la República. El proyecto de reforma se concilió en la Comisión Accidental de la Cámara de Representantes el 17 de junio de noviembre 2009 y en la Comisión Accidental del Senado de la República el 19 de junio de 2009. En el segundo período se discutió en quinto debate en la Comisión Primera de la Cámara el 29 y 30 de septiembre de 2009; en sexto debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes el 3 de noviembre de 2009, en séptimo debate en la Comisión Primera Senado de la República el 24 de 2009, y finalmente en octavo debate en la Plenaria del Senado de la República el 9 de diciembre de 2009.

5.1.14. 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<sup>192</sup>. En este primer debate se citan varias Sentencias de la Corte Constitucional, como la Sentencia C-309 de 1997 sobre el uso del cinturón de seguridad, en donde se diferencia la pena con las “medidas de protección coactiva”<sup>193</sup> y la T-684 de 2002 que establece que en la drogadicción crónica la persona ve alterada su autodeterminación y merece según el artículo 47 de la C.P., ser beneficiaria de los programas del Estado para su rehabilitación<sup>194</sup>.



5.1.15. En este primer debate se proponen y aprueban modificaciones al proyecto de reforma a la Constitución solicitando que el literal 6 y 7 del artículo 1 quedara de la siguiente manera:

“El porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas está prohibido. Con fines preventivos y rehabilitadores, la ley establecerá medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas para quienes consuman dichas sustancias.

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”<sup>195</sup>.

5.1.16. De esta forma se suprimió el texto que indicaba, “Por decisión de una instancia conformada por el sector salud y la rama judicial, estas medidas podrán estar acompañadas de limitaciones temporales al derecho a la libertad, y se harán efectivas en instituciones adaptadas para los fines propios de la prevención y la rehabilitación. Las limitaciones a la libertad que se llegaren a imponer, no implicarán de suyo la aplicación de penas de reclusión en establecimientos carcelarios”, propuesto inicialmente en el proyecto presentado por el Gobierno Nacional.

5.1.17. En el Informe de Ponencia del segundo debate ante la Cámara, de Representantes se dice que “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”<sup>196</sup>.

5.1.18. 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<sup>197</sup>.

5.1.20. Igualmente se indica que en la ponencia para primer debate, se modificó el texto del articulado propuesto por el Gobierno Nacional, en el sentido de eliminar lo concerniente a la creación de una instancia conformada por el sector salud y la rama judicial -los llamados tribunales mixtos o de tratamiento-, encargados de aplicar las medidas previstas para los consumidores y adictos enfermos, los cuales podrían estar acompañadas de limitaciones temporales al derecho a la libertad. En este sentido se dice que “...las limitaciones a la libertad que se pudieran imponer, los sitios en donde se harían efectivas y los tribunales que las impusieran debían ser del resorte de la ley que se expidiera para el efecto. En este caso consideramos que la Constitución Política debe limitarse a establecer la prohibición del porte y consumo de estupefacientes y será la ley la encargada de establecer las consecuencias de vulnerar esta prohibición”<sup>198</sup>.

5.1.21. Por otro lado se subraya que el proyecto no trata de penalizar el consumo y porte de sustancias estupefacientes y que por esta razón la redacción del artículo propuesto ante la Plenaria establece que la ley solo puede establecer medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas para quienes consuman dichas sustancias, es decir que se ponen claros límites al legislador de que las medidas que se lleguen a imponer en ningún caso serán penales<sup>199</sup>, y se insiste que las medidas no son de aquellas que configuran una pena, sino una “medida de protección coactiva”<sup>200</sup>.

5.1.22. Hay que destacar que en el segundo debate ante la Cámara el Representante Jaime Enrique Durán Barrera, representante ponente, solicita el archivo del proyecto teniendo en cuenta que se discute que el bien jurídico tutelado es la salud pública y que es claro que con el consumo de drogas no se afecta dicho bien sino que se atenta contra la salud individual. Explica que si se percibe la drogadicción como un problema de salud pública no se debe autorizar por este motivo la prohibición del consumo, como sucede con el consumo del alcohol y del tabaco, cuya utilización también constituye un problema de salud pública que genera consecuencias nefastas al interior de la familia y la sociedad, pero no se prohíbe y mucho menos imponen a sus consumidores medidas para rehabilitarse.

5.1.23. Señaló que, “mediante la Sentencia C-221 de 1994, la Corte Constitucional

despenalizó el consumo de la dosis personal al declarar inexecutable los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986, por considerar que el comportamiento que no trasciende de la órbita del consumidor está vedado para el ordenamiento jurídico porque hace parte de la libre determinación, dignidad y autonomía de la persona, y precisó que sí puede ser reprochable el consumo cuando se afecten la libertad y los derechos ajenos”.

5.1.24. En este sentido considera que no se puede so pretexto de garantizar el derecho a la salud, socavar la libertades individuales y derechos reconocidos por la Carta a quienes han tomado la determinación de consumir drogas, en la llamada dosis personal, “...de la misma manera como a nadie se le ocurre forzar al alcohólico, al adicto al juego o a quien sufre cualquier otra clase de compulsión recluirlo contra su voluntad para que sea rehabilitado”<sup>201</sup>. Del mismo modo el Representante Durán cita un artículo de la Revista Cultura y Droga<sup>202</sup> en donde se dice que, “El paternalismo es despótico no porque sea más opresivo que la tiranía sino porque es un insulto a la concepción del ser humano como ser facultado para realizar su propia vida de acuerdo a sus fines, no necesariamente racionales. La concepción del Estado por el Constituyente de 1991, con el reconocimiento y protección de unos derechos fundamentales, asegura al individuo un ámbito dentro del cual él puede decidir sobre sus acciones; se busca garantizar que el individuo pueda hacer uso pleno de su conocimiento y de su capacidad de discernir”.

5.1.25. Por otro lado el mismo representante cuestiona lo siguiente: “... ¿podrían el derecho a la autonomía personal, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, derechos fundamentales, resultar cercenados en su alcance con el establecimiento de una prohibición que se refiere al derecho a la salud, que hace parte de los derechos económicos, sociales y culturales y que solamente adquiere el carácter de fundamental cuando entra en conexidad con uno que sí lo ostenta?”. Igualmente explicó que en la Sentencia C-221 de 1994 se indicó que la forma de combatir el consumo de drogas es la educación, que no puede sustituirse por la represión. Posteriormente manifestó que la prohibición cercena el contenido atribuible en un Estado Social de Derecho, en especial el derecho a la autonomía personal, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por lo tanto señala que es necesario desarrollar políticas que prevengan y ataquen el consumo sin que se incurra en incongruencias con la Carta Fundamental.

5.1.26. Terminó su exposición señalando que el objetivo de la reforma es “un tema que se

debe dejar, en primer lugar, a la autorregulación individual; en segundo término, a la censura social hacia el consumo y, en tercero, a la intervención del Estado, entendida esta en el ejercicio de su rol como agente educador e informador y sólo en caso extremo, como agente punitivo, únicamente cuando se hayan afectado intereses de la comunidad...”203.

5.1.27. A pesar de la oposición del proyecto del Representante Durán el día 14 de mayo de 2009, se radica el texto definitivo para la aprobación de la Plenaria de la Cámara en donde en el inciso sexto y séptimo de la reforma del artículo 49 de la C.P. se dice lo siguiente:

“El porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores, la ley establecerá medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas para quienes consuman dichas sustancias.

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”204.

5.1.28. Como se puede observar en esta propuesta, finalmente aprobada el 12 de mayo de 2009<sup>205</sup>, se elimina definitivamente las limitaciones temporales de libertad decididas por los llamados Tribunales Mixtos o de Tratamiento, que se establecían en el proyecto inicial y se incluye, que la prohibición de porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas está prohibido “salvo prescripción médica”<sup>206</sup>. Así mismo se establece definitivamente que las únicas medidas que pueden ser implementadas “para quien consuma dichas sustancias” son aquellas “pedagógicas, profilácticas o terapéuticas” que se implementarán con fines “preventivos y rehabilitadores”.

5.1.29. Una vez aprobada en la plenaria de la Cámara de Representantes, se empezó a dar el trámite en la primera vuelta en el Senado de la República. El debate se inició con el Informe de Ponencia para primer Debate que se presenta el 27 de mayo de 2009 en la Comisión Primera Constitucional Permanente. En el informe se explica el contenido general de la propuesta, en donde se subraya nuevamente que no se trata de una penalización del consumo y porte, sino de establecer medidas preventivas y rehabilitadoras, para proteger a la comunidad y al consumidor habitual. Se explica brevemente que después de la Sentencia

C-221 de 1994 el legislador profirió la Ley 745 de 2002 en donde se estableció como contravención, con medidas policivas, el consumo de estupefacientes o sustancias adictivas en presencia de menores, en establecimientos educativos, o en lugares aledaños y que en la misma Sentencia de la despenalización se afirmó de manera expresa que el legislador tiene la facultad para, “sin vulnerar el núcleo esencial de los derechos a la igualdad y libertad, desconocidos por las disposiciones que serán retiradas del ordenamiento, regular las circunstancias de lugar, de edad, de ejercicio temporal de actividades y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de droga resulte inadecuado o socialmente nocivo como sucede actualmente con el alcohol y el tabaco”.

5.1.30. Dice el Informe que estas medidas no han podido ser llevadas a cabo por la falta de procedimientos para judicializar dichas conductas<sup>207</sup>. Igualmente se explica que para poder llegar a establecer un procedimiento para juzgar las contravenciones incluidas en la Ley 745 se expidió la Ley 1153 de 2007 -Ley de Pequeñas Causas- pero está fue declarada inconstitucional por la Corte en la Sentencia C-879 de 2008, lo cual dio lugar a que la Policía quedara sin herramientas para la persecución de estas contravenciones. Sin embargo, se explica que a través de Acuerdos municipales o distritales se ha llegado a controlar el consumo y porte de estupefacientes en lugares públicos. Se dice que en Bogotá el Alcalde Samuel Moreno expidió el Decreto 411 de 2008 donde prohibió el porte y consumo de dosis mínima de estupefacientes en lugares públicos (plazas, parques, colegios públicos), pero con ello el infractor en ningún caso será penalizado, ni constituyen antecedentes penales<sup>208</sup>.

5.1.31. Finalmente en el Informe, después de citar los efectos nocivos de la marihuana, el éxtasis y la cocaína y algunos apartes del Salvamento de Voto de la Sentencia C-221 de 1994<sup>209</sup>, señala que el proyecto de reforma constitucional se corresponde en tratar a la farmacodependencia como un problema de salud pública que como se afirmó en la Sentencia T-684 de 2002, es una enfermedad y no meramente un problema policivo, fallo que se acogió, según el Informe de Ponencia, en la Sentencia T- 760 de 2008, en donde se garantizará al adicto o su familia, la cobertura médica y psicológica para atender el problema de la drogadicción<sup>210</sup>.

5.1.33. Por su parte el Senador Armando Benedetti solicitó archivar el proyecto ya que éste

atentaba contra los principios de la dignidad humana y la autonomía personal, los cuales son pilares del Estado Social de Derecho colombiano<sup>212</sup> y solo están limitados por los derechos de los demás y en especial de los niños. Explicó que la Corte Constitucional en Sentencia C-939 de 2002 sostuvo que “...el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables...”.

5.1.34. También dice que la reforma riñe con otros principios constitucionales como por ejemplo el que Colombia sea un país pluricultural con diversas etnias y grupos ancestrales, los cuales dentro de su cosmovisión utilizan sustancias alucinógenas; que la Constitución permite la libertad de determinar el sendero de vida siempre y cuando no se afecten a los demás. Considera igualmente que esta reforma a la Constitución sustituye y no reforma la Constitución de 1991, ya que se derogan principios fundamentales de la Constitución como el de la dignidad y autodeterminación de la persona<sup>213</sup>. Finalmente termina su ponencia mencionando que el manejo de las drogas implica una política pública bipolar: por un lado la aplicación del poder punitivo del Estado contra los narcotraficantes y por el otro el apoyo asistencial a los adictos; además dice que desde un análisis económico la reforma significará un aumento de los precios, sin que tenga ello como consecuencia una disminución en el consumo de estupefacientes<sup>214</sup>.

5.1.35. A pesar de la oposición al proyecto de los Senadores Cuéllar y Benedetti la propuesta de reforma a la Constitución fue aprobada por la Comisión primera del Senado<sup>215</sup>. Sin embargo, por propuesta del Senador Héctor Elí Rojas se modificó el inciso sexto del proyecto estableciendo que el sometimiento a las medidas y tratamientos de carácter profiláctico, pedagógico o terapéutico se establecerían solo con el “consentimiento informado del adicto” y que estos tratamientos y medidas deben ser de carácter administrativo únicamente<sup>216</sup>. Los incisos sexto y séptimo del artículo aprobado en la Comisión Primera del Senado, en tercer debate quedaron con la siguiente redacción:

“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”.

5.1.36. En el segundo debate ante el Senado se aprobó el texto conforme a lo solicitado en el informe de ponencia<sup>217</sup>, en contra nuevamente de la solicitud de archivo de la ponencia del Senador Armando Benedetti Villaneda<sup>218</sup>.

5.1.37. Posteriormente se conciliaron los proyectos de Cámara y Senado en la Comisión Accidental de Conciliación acogiendo las modificaciones que se establecieron al proyecto original. Es decir que se acogió la modificación que se hizo en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes en que se excluyera la instancia conformada por el sector salud y la rama judicial – Tribunal Mixto o de Tratamiento- que eventualmente impondría medidas acompañadas de limitaciones temporales al derecho a la libertad, y la propuesta de la Plenaria de la Cámara que al inciso 6º del artículo 1º del Proyecto se le agregara la expresión “salvo prescripción médica”. Así mismo se acogió las adiciones propuestas por el Senador Héctor Helí Rojas en la Comisión Primera del Senado consistentes en que “El sometimiento a esas medidas y tratamientos requerirán del consentimiento informado del adicto” y que las medidas y tratamientos de carácter, profiláctico pedagógico y terapéutico, serán de carácter “administrativo”.

5.1.38. En el Informe de Conciliación al Proyecto de Acto Legislativo No 20 de 2009, Senado, 285 Cámara, se dijo lo siguiente<sup>219</sup>:

“Luego de un análisis detallado de los textos, cuya aprobación por las respectivas plenarias presenta diferencias, hemos acordado acoger la mayoría del texto aprobado por la plenaria del Senado, en el entendido que:

1. El texto aprobado en el Senado de la República, incorpora un eje central para la política

pública en materia de salud, a los enfermos adictos a las sustancias estupefacientes o sicotrópicas.

2. De igual forma, la política pública se concreta a través de tratamientos administrativos encaminados a cumplir una finalidad preferentemente pedagógica así como profiláctica y terapéutica.

3. Agrega, el texto de Senado, un elemento esencial, cual es la voluntariedad del enfermo para someterse al programa previsto por el Estado.

5.1.39. Posteriormente a la aprobación en primera vuelta en Cámara y Senado<sup>220</sup> se procedió a aprobar el proyecto de reforma constitucional en segunda vuelta. En el informe de ponencia<sup>221</sup> para primer debate ante la Cámara de Representantes se solicita dar trámite al proyecto y nuevamente se recuerda que este en ningún momento penaliza el consumo o porte de estupefacientes, sino que se trata de una “medida de protección coactiva”. Por otro lado se dice que con esta nueva versión del proyecto se fortalece el respeto de la autonomía y voluntad de la persona, especialmente por las adiciones efectuadas en la primera vuelta sobre que dichas medidas y tratamientos requieren el consentimiento informado del adicto y que solo pueden ser medidas de carácter administrativo.

5.1.40. Sobre estos puntos se dijo en el Informe de Ponencia para primer Debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes lo siguiente:

“Como lo hicimos saber en informe de ponencia para primer y segundo debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes y en la Plenaria, respectivamente, en esta ocasión reafirmamos que el acto legislativo que presentó el Gobierno Nacional en ningún momento penaliza el consumo o porte de estupefacientes, muy por el contrario establece para estos casos las denominadas medidas de protección coactiva.

Aún más, en el trámite que se surtió en el Senado, los ponentes decidieron hacer unas incorporaciones al texto aprobado en Cámara, en los siguientes aspectos:

1. La política pública se concreta a través de tratamientos administrativos encaminados a cumplir una finalidad preferentemente pedagógica así como profiláctica y terapéutica.

2. Agrega, el texto de Senado, un elemento esencial, cual es la voluntariedad del enfermo



para someterse al programa previsto por el Estado.

3. El consentimiento en este caso, debe ser informado en los términos previstos en la jurisprudencia constitucional sobre la materia, es decir, habiendo sido expuesto, ante el enfermo, el procedimiento del tratamiento, su duración y efectos.

Si bien en el texto que se aprobó en Cámara se garantiza con suficiencia el respeto por la autonomía y la voluntad de la persona afectada por la drogadicción, las adiciones hechas en Senado vienen a fortalecer aún más este cometido..."<sup>222</sup>.

5.1.41. En esta misma instancia se debe destacar la solicitud de los representantes a la Cámara Jaime Enrique Durán Barrera, Rosmery Martínez Rosales, River Franklin Legro Segura de archivar la propuesta, con base en el precedente que se sentó en la Sentencia C-221 de 1994, en donde se dijo que<sup>223</sup>:

"... una persona que no ha cometido ninguna infracción penal -como lo establece el mismo artículo- sea obligada a recibir tratamiento médico contra una 'enfermedad' de la que no quiere curarse, es abiertamente atentatorio de la libertad y de la autonomía consagradas en el artículo 16, como 'libre desarrollo de la personalidad'. Resulta pertinente, en este punto, remitir a las consideraciones hechas atrás acerca del internamiento en establecimiento psiquiátrico o similar, considerado, bien bajo la perspectiva del tratamiento médico, bien bajo la perspectiva de la pena. Si se adopta la primera, la norma resulta inconstitucional por violentar la voluntad del destinatario mediante la subrogación de su capacidad de decidir, por la decisión del juez o del médico. Cada quien es libre de elegir (dentro de nuestro ordenamiento) qué enfermedades se trata y si es o no el caso de recuperar la "salud", tal como se concibe de acuerdo con el criterio oficial. Si se adopta la segunda, la evidencia de inconstitucionalidad es aún mayor, pues no sólo es inconcebible sino monstruoso y contrario a los más elementales principios de un derecho civilizado, que a una persona se le sancione sin haber infringido norma alguna, o se le compela a recibir un tratamiento médico que no desea."

5.1.42. También se dijo en dicha proposición que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en una Sentencia emitida en el 2009<sup>224</sup>, resolviendo un caso de un hombre que portaba 1.3 gramos de cocaína, estableció que en este caso no era penalizable la conducta ya que no se cumplía en este el presupuesto de la antijuridicidad porque no se lesiona

ningún bien jurídico tutelable<sup>225</sup>. Se explicó que en dicha Sentencia que, “‘llevar consigo’ dosis personal o de aprovisionamiento de sustancias estupefacientes no es penalizable (...) el consumo de dosis mínima o autoconsumo se constituye en un comportamiento autodestructivo o de autolesión el cual incumbe los ámbitos exclusivos de la libertad de esa persona, es decir, a un fenómeno singular carente de antijuridicidad material (ausencia de lesividad) y que, por ende, no es punible”.

5.1.43. A pesar de la proposición negativa de los mencionados Representantes, la propuesta que se había aprobado durante la primera vuelta fue votada sin modificaciones en el sexto debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes y en el séptimo debate ante la Plenaria de la Cámara, también sin ninguna modificación adicional. Posteriormente se produjo el debate en el Senado de la República en donde el 18 de noviembre de 2009 se presentó la Ponencia para Primer Debate en segunda vuelta del proyecto de Reforma Constitucional<sup>226</sup>. En dicha ocasión se dijo que el contenido de la ponencia es una propuesta que puede ser calificada de intermedia, ya que se prohíbe el porte y consumo de estupefacientes, y se establecen medidas administrativas de índole profiláctico, terapéutico y pedagógico, siempre y cuando concurra el consentimiento informado del adicto. En este sentido en la Ponencia para primer debate en la segunda vuelta en el Senado se dijo lo siguiente:

“En el curso de la discusión del proyecto en el primer debate de la primera vuelta en la Comisión Primera del Senado, surgió una propuesta intermedia entra (sic) la tradicional posición del Gobierno de sancionar el porte y el consumo de la llamada Dosis Personal y la posición de quienes defienden la tesis de la Sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional, que despenalizó tales comportamientos.

La propuesta intermedia consiste en prohibir el porte y consumo pero no sancionar al adicto, sino someterlo, siempre y cuando este (sic) de acuerdo, a tratamiento pedagógico, profiláctico o terapéutico, según sus necesidades.

Esta propuesta tiene la gran ventaja de que en su desarrollo legal podrá orientarse a sancionar de manera drástica a quienes distribuyen la droga o inducen a los demás, especialmente si son menores de edad, a consumir...”<sup>227</sup>

5.1.44. En esta misma instancia se abrió una Audiencia Pública con participación ciudadana

que se realizó el 17 de noviembre de 2009. En dicha Audiencia participaron la psicóloga Diana Lucía Celis, quien sustentó la trascendencia de esta iniciativa gubernamental de reforma constitucional en especial frente al hecho de que el consumo de drogas psicoactivas va generando una tolerancia en el paciente y la necesidad de un mayor consumo, lo que constituye un problema de salud pública<sup>228</sup>. Del mismo modo anotó la necesidad de examinar el proyecto a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad en conjunción con la doctrina emanada de la Corte Constitucional en la Sentencia C-221 de 1994. Igualmente participó el ciudadano Álvaro Inciso, Presidente de la Fundación Luz, quien anunció que respaldaba el proyecto de acto legislativo siempre que no se criminalice al adicto.

5.1.45. Finalmente después de haberse surtido las Audiencias, el texto de la reforma fue aprobado en la Plenaria del Senado sin ninguna modificación adicional a lo aprobado en primera vuelta. El texto finalmente aprobado que adiciona los literales 6 y 7 al artículo 49 de la Constitución y publicado en el Diario Oficial No. 47.570 de 21 de diciembre de 2009, fue el siguiente:

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

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”.

5.1.46. Las diferencias entre el proyecto original propuesto por el Gobierno el 20 de marzo de 2009 y el aprobado finalmente el 21 de diciembre de 2009 en el inciso sexto del artículo 49 de la C.P. se pueden apreciar en el siguiente cuadro:

Texto del proyecto presentado por el gobierno. Gaceta 161 de 2009

Texto definitivo publicado en el Diario Oficial 47.570 de 21 de diciembre 2009

El porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas está prohibido. Con fines preventivos y rehabilitadores, la ley establecerá medidas con carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico para quienes consuman dichas sustancias. Por decisión de una instancia conformada por el sector salud y la rama judicial, estas medidas podrán estar acompañadas de limitaciones temporales al derecho a la libertad, y se harán efectivas en instituciones adaptadas para los fines propios de la prevención y la rehabilitación. Las limitaciones a la libertad que se llegaren a imponer, no implicarán de suyo la aplicación de penas de reclusión en establecimientos carcelarios.

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.

5.1.47. En conclusión bajo una interpretación histórica del precepto se puede decir que desde que se despenalizó el 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 trámite de la reforma ordinaria mediante Acto Legislativo que se establece en el artículo 375 de la C.P. En una primera instancia las propuestas de reforma pretendían reformar el artículo 16 de la C.P., sobre libre desarrollo de la personalidad. Estas propuestas de reforma pretenden sancionar la conducta con penas distintas a la privación de la libertad, para garantizar los derechos individuales y colectivos y se enfoca a defender los derechos de los niños.

5.1.48. Posteriormente y desde el 2007, se pretende reformar ya no el artículo 16 de la C.P., sino el artículo 49 de la C.P. sobre el derecho a la salud. El cambio de perspectiva se relaciona con las Sentencias dictadas por la Corte Constitucional de que la farmacodependencia es una enfermedad y que por ende no se puede tratar al adicto como un delincuente, sino como un enfermo. En este año se propone reformar el artículo 49 de la C.P. para que se establezcan sanciones no privativas de la libertad para el porte al consumo en lugares públicos, prohibición que se conjuga con campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de recuperación de los adictos.

5.1.49. Por otro lado y con posterioridad al “Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Hogares de Colombia” realizado en el segundo semestre del 2008, se evidencia que se agiliza la propuesta de reforma constitucional con el argumento del aumento del consumo de estupefacientes y sustancias psicoactivas en Colombia y el aumento del “menudeo” o “microtráfico”<sup>229</sup>. Con base en este estudio se propuso la reforma constitucional que dio lugar a la aprobación del Acto Legislativo No 02 de 2009 actualmente bajo estudio.

5.1.50 Sobre el trámite de este Acto Legislativo se comprueba que desde la Exposición de Motivos hasta la aprobación final de dicha reforma, se tiene en cuenta lo que se estableció en la Sentencia C-221 de 2004 desde su parte resolutoria, como lo que se establece en el Salvamento de Voto. Por otra parte se comprueba que en el trámite del proyecto de Acto Legislativo se hicieron reformas y adiciones. En el primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes se eliminó lo referente a las limitaciones temporales de la libertad para la internación en instituciones de salud decididas por el llamado “Tribunal Mixto o de Tratamiento”, en donde se conjugaban representantes del sector salud con representantes del sector justicia. Igualmente se constata que en el segundo debate en la Plenaria de la Cámara se introdujo la excepción de que dicha prohibición de porte y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas no se puede dar cuando se trata de “prescripción médica”.

5.1.51. Por otro lado en el tercer debate ante la Comisión Primera del Senado de la República se introdujeron dos modificaciones. En primer lugar, que las medidas y tratamientos pedagógicos, profilácticos o terapéuticos serán de carácter administrativo, y en segundo lugar que el sometimiento a estas medidas y tratamientos requerirá “el consentimiento

informado del adicto”. De esta manera se dice que se toma una posición intermedia en el tema del porte y consumo de estupefacientes.

5.1.52. Durante el trámite del Acto Legislativo 02 de 2009 se comprobó que no todos los representantes y senadores estaban de acuerdo con la propuesta de modificación constitucional y se establecieron puntuales críticas relacionadas con la posible sustitución de la Constitución de 1991, por la limitación de la dignidad de la persona humana, el pluralismo y la autodeterminación. También se dijo que la reforma era antitécnica e inconveniente ya que tenía contenido legislativo y no constitucional y que se constitucionalizaba una política de gobierno en un derecho fundamental. Finalmente algunos congresistas consideraron que con la reforma se podía dar una confrontación entre el derecho a la salud del artículo 49 de la C.P., con el del libre desarrollo de la personalidad del artículo 16 de la C.P.

## 5.2. Interpretación Sistemática

5.2.1. El método sistemático de interpretación consiste en averiguar el significado de las normas constitucionales a través del entendimiento del ordenamiento constitucional como un todo, que se deriva de la comparación del precepto con la norma o normas en las que se integra<sup>230</sup>. Este tipo de interpretación posibilita una comprensión del contexto y de la conexión de las normas constitucionales entre sí<sup>231</sup>.

5.2.2. Desde la perspectiva sistemática de interpretación se pueden dar tres posibilidades hermenéuticas: en primer lugar (i) una interpretación que relacione el apartado demandado con el resto del inciso sexto del artículo 49; en segundo lugar (ii) una interpretación que comprenda el inciso sexto con el resto del artículo 49; y por último (iii) la relación que existe entre el inciso sexto del artículo 49 y el resto de la Constitución.

5.2.3. Desde la primera perspectiva se debe interpretar sistemáticamente el apartado demandado con el resto del inciso sexto del artículo 49 de la C.P. que dispone que, “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”.

5.2.4. De este sexto inciso se desprenden tres oraciones diferentes: en primer lugar (i) “Que el porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido salvo prescripción médica”, en segundo lugar que (ii) “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”, y por último (iii) que “El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto”.

5.2.5. Como observaba el Ministerio Público en su concepto, si se realiza una interpretación integral del inciso sexto del artículo 49 de la C.P., se podría interpretar que la prohibición del porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, salvo prescripción médica, se limitaría, ya que su regulación se difiere a la ley, que únicamente establecerá dicha prohibición con fines preventivos y rehabilitadores.

5.2.6. Del mismo modo dispone la norma que solo pueden darse medidas y tratamientos de carácter administrativo de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias, siempre y cuando se dé el “consentimiento informado del adicto”, circunstancia que tendría que tener en cuenta el legislador al momento de expedir la reglamentación de éste artículo constitucional.

5.2.7. En cuanto a la interpretación del inciso sexto con el resto del artículo del artículo 49, se desprenden varias conclusiones. En primer término que la primera parte del artículo 49, que se corresponde con los incisos primero, segundo, tercero y cuarto del artículo, se establece en líneas generales el derecho fundamental a la salud y al saneamiento ambiental, que son servicios públicos básicos a cargo del Estado. En esta primera parte del artículo 49 se dice que le corresponde al Estado organizar, dirigir, reglamentar la prestación de los servicios de salud y de saneamiento ambiental a todos los habitantes (inciso primero). Que el servicio de salud y de saneamiento ambiental se basa en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y que cuando los particulares prestan este servicio el Estado ejerce la vigilancia y control (inciso segundo). También se dice que el servicio se prestará y financiará por la Nación, las entidades territoriales y los particulares y que los servicios de salud se organizarán de forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad (inciso tercero). Por último se establece que la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria (inciso cuarto).

5.2.8. En el inciso quinto del artículo 49 se dice que, “Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad”. Este deber de cuidado integral de la salud de la persona y de su comunidad se relaciona con las dos últimas partes del artículo, es decir, con el inciso sexto que establece la prohibición de porte y consumo de estupefacientes o sicotrópicas, y con el inciso séptimo que dispone que, “...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 a favor de la recuperación de los adictos”.

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.

i. 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.

i. 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>232</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”.

5.2.11. Por otra parte se percibe que desde la interpretación sistemática se observa que el apartado demandado del inciso sexto del artículo 49 establece que, “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, lo cual no puede ser interpretado autónomamente del resto del inciso sexto del artículo 49 de la C.P., que dispone los parámetros que el legislador debe tener en cuenta para el desarrollo de la norma constitucional. Es decir, la prohibición de porte y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, que en este caso funciona como supuesto de hecho, no puede tener un contenido deóntico completo ni puede ser entendido de manera clara y unívoca sino se relaciona con el resto del inciso que establece las consecuencias jurídicas del mandato, esto es, el establecimiento de medidas y tratamientos administrativos con fines preventivos y rehabilitadores de índole pedagógico, profiláctico y terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias, previo el consentimiento informado del adicto.

5.2.12. Teniendo en cuenta la estudiada interpretación sistemática, constata la Corte que no se puede realizar en el caso concreto un entendimiento completo de la norma, en donde se pueda llegar a una comprensión integral tanto del supuesto de hecho de la prohibición de

porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, como de la consecuencia jurídica relacionada con las medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico que se establece para las personas adictas que consuman dichas sustancias, una vez obtenido su consentimiento informado.

5.2.13. En suma la interpretación sistemática del precepto constata que los demandantes no demandaron ni establecieron de manera suficiente la norma jurídica completa que puedan hacer comprensible la integridad de la misma (supuesto de hecho + consecuencia jurídica). En este sentido la prohibición del precepto que en un principio se considera como absoluta ya que se dice que “El porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, debería ser interpretada teniendo en cuenta la segunda y la tercera parte del artículo que establece que “Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consumas dichas sustancias” y que “El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto”, para poder comprender de una manera integral el precepto, circunstancia que en la demanda no se presenta.

### 5.3. Interpretación Teleológica

5.3.1. La interpretación teleológica se refiere a la finalidad o el objetivo de la norma. Sobre este tipo de interpretación se han dado diferentes explicaciones que han quedado expuestas tanto en los antecedentes de esta providencia como en la interpretación histórica, en donde se explicaron las motivaciones, objetivos y finalidades que se buscaban con la reforma del artículo 49 de la C.P.

5.3.2. En cuanto al objetivo y la finalidad de la reforma, el Ministerio de Interior y de Justicia consideró que la norma impugnada, no pretendió 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”<sup>233</sup>. Igualmente indicó que, “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 su rehabilitación”.<sup>234</sup>

5.3.3. Del mismo modo, el Ministerio de Protección Social explicó que el objetivo de la reforma del artículo 49 de la C.P., consiste en velar por la protección de la salud de la

persona y de la comunidad<sup>235</sup>. En este sentido señaló que, “El citado artículo 49 de la C.P. carecía de un mandato expreso que facultara al Legislador para establecer, con fines estrictamente resocializadores y rehabilitadores, medidas a quienes porten o consuman en lugares públicos, sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso personal, en cuanto hacerlo puede poner en grave riesgo la salud de la persona y la salud de la comunidad”<sup>236</sup>.

5.3.4. Por otro lado para la Policía Nacional, la finalidad de la reforma del artículo 49 de la C.P, “...era proyectar las políticas del gobierno frente al incremento de la ciudadanía de la drogadicción”<sup>237</sup>, y estableció que el objetivo de la norma consiste en “la necesidad urgente de proteger a la ciudadanía y cumplir así los fines del Estado proyectados desde nuestra Constitución”<sup>238</sup>.

5.3.5. Así mismo, como quedó expuesto en la interpretación histórica, en un primer momento la reforma estuvo motivada por el “Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Hogares de Colombia”, realizado por el Gobierno Nacional con el apoyo de la Comunidad Internacional y bajo la metodología de la Organización de Estados Americanos (OEA), en donde se establece que Colombia pasa de ser un país productor de estupefacientes a un país consumidor que sin estar al mismo nivel de Argentina, Chile y Uruguay, supera a países como Perú y Ecuador<sup>239</sup>.

5.3.6. La finalidad del precepto, como quedó expuesto en un primer momento, buscaba acompañar a la prohibición con medidas temporales restrictivas de la libertad, que no fueran de carácter penal y que dichas medidas fueran dadas por un Tribunal mixto o de tratamiento conformado por entes judiciales y de salud. En las discusiones de la reforma este tipo de medidas fueron suprimidas dando lugar a que solo se pudieran establecer medidas preventivas y rehabilitadoras de carácter pedagógico, profiláctico y terapéutico, y siempre y cuando se haya dado el consentimiento informado del adicto.

5.3.7. Sin embargo, se repite que en el caso concreto no se puede analizar la prohibición absoluta del porte y consumo de estupefacientes de una manera autónoma e independiente del resto del inciso sexto del artículo 49 de la C.P. Como se comprobó en el numeral anterior, en esta ocasión los demandantes no establecieron en forma suficiente porqué la finalidad de la norma puede llegar a sustituir del principio de autonomía personal, como elemento

estructural de la Constitución, inherente a la dignidad humana, ya que no se conformó desde la demanda la proposición jurídica completa que pueda hacer comprensible a la Corte el objetivo de la norma teniendo en cuenta la integridad del inciso sexto del artículo 49 de la C.P. Por esta razón no se puede establecer de una manera suficiente cuál fue es el telos o la finalidad de la norma demandada sin la integración de los otros elementos del precepto.

#### 5.4. Interpretación literal o semántica

5.4.1. Desde el punto de vista literal o semántico el apartado demandado del inciso sexto del artículo 49 de la C.P. establece que, “El porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”. Esta primera oración se compone de dos verbos “portar” y “consumir” que están unidos por la conjunción “y”. “Portar” se refiere al “llevar consigo o traer”<sup>240</sup>, y “consumir” se define como “usar o emplear géneros de vida efímera, [en este caso sustancias estupefacientes y sicotrópicas], para satisfacer las necesidades o gustos pasajeros”<sup>241</sup>.

5.4.2. Por otro lado, lo que se prohíbe es el porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas. Los “estupefacientes” son definidos como “aquellas sustancias narcóticas que hacen perder la sensibilidad como la morfina o la cocaína”<sup>242</sup>. En cuanto a las sustancias sicotrópicas se enumeran en el Convenio de Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971<sup>243</sup> y se definen como aquellas sustancias que “producen estimulación o depresión del sistema nervioso central y que tienen como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio o del comportamiento o de la percepción o del estado de ánimo”<sup>244</sup>. También se debe resaltar que en la Ley 30 de 1996 -Estatuto Nacional de Estupefacientes- se 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” y en el literal d) se definió Psicotrópico como la “droga que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo efectos neuropsico-fisiológicos”.

5.4.3. En lo que respecta a la definición de “prohibición”, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como “el vedar o impedir el uso o ejecución de algo”. Este concepto de prohibición se diferenciaría del concepto de “penalización” que se define desde el punto de vista jurídico como “el tipificar como delito o falta una determinada conducta” y desde el uso común como “el imponer una sanción o castigo”<sup>245</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, la

norma no iría en contra del precedente de la Sentencia C-221 de 1994 y las Sentencias de la Corte Suprema sobre antijuridicidad material en la llamada “dosis de aprovisionamiento”, ya que no se trataría de penalizar en este caso, sino de prohibir. Por último se debe resaltar que en esta primera parte del inciso sexto se establece como excepción de la prohibición, la prescripción médica.

5.4.4. Como se ha advertido, si se tiene en cuenta únicamente la interpretación del apartado demandado, se podría deducir que la prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas que se establece en la primera parte del inciso sexto es absoluta. Sin embargo, como se analizó en la interpretación sistemática, teleológica y literal, no tienen en cuenta los demandantes la segunda oración que compone el inciso sexto que se refiere a que “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” y la tercera oración que indica que, “El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto”.

5.4.5. La segunda oración del inciso sexto que señala que “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”, da lugar a varias interpretaciones. En primer término que se trata de una norma remisorio, ya que se establece que será el legislador el que establezca las medidas administrativas de carácter preventivo y rehabilitador. En segundo lugar, que dichas medidas solo podrían tener un carácter “preventivo” y “rehabilitador”.

5.4.6. Igualmente que dichas medidas de orden administrativo serán de carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico. Teniendo en cuenta las definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, por “pedagógico” se entiende “aquellas medidas tendientes a educar o enseñar con claridad”; por “profiláctico” se entiende desde el punto de vista médico “aquella parte de la medicina que tiene por objeto la conservación de la salud y la preservación de la enfermedad”, y por “terapéutico” se refiere a “tratamientos empleados en diversas enfermedades somáticas y psíquicas que tienen como finalidad rehabilitar al paciente haciéndole realizar las acciones y movimientos de la vida diaria”. Por otra parte, la segunda oración del inciso sexto del artículo 49 establece que dichos tratamientos y medidas

estarán dirigidas a “...las personas que consuman dichas sustancias”.

5.4.7. La última oración del inciso sexto del artículo 49 de la C.P. establece que, “El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto”. Sobre esta tercera parte del artículo se presentan dos conceptos que deben ser interpretados de acuerdo a lo que se ha establecido en la jurisprudencia constitucional. En primer lugar lo que se refiere al “consentimiento informado” y en segundo término lo que se entiende por “adicto”.

5.4.8. En cuanto al “consentimiento informado” la Corte Constitucional ha establecido una extensa línea jurisprudencial sobre la definición y las características del consentimiento informado, cuando se refiere a tratamientos que tienen que ver con la salud del paciente. El grado de especialización del concepto de “consentimiento informado” que tutela los principios de la dignidad humana<sup>246</sup>, de autonomía, de libre desarrollo de la personalidad<sup>247</sup>, de la libertad individual – mandato pro libertate-<sup>248</sup>, de pluralismo<sup>249</sup>, de salud<sup>250</sup>, y de la integridad de la persona humana<sup>251</sup>, ha dado lugar a que la Corte Constitucional establezca a través de la solución de casos concretos subreglas a este derecho. Por ejemplo, se ha dicho que el consentimiento informado del menor de edad o de las personas incapaces generalmente se obtiene mediante el consentimiento informado de los padres y excepcionalmente mediante fallo judicial; también se ha establecido que cuando se trata de intervenciones o tratamientos de carácter invasivos, riesgosos o de incertidumbre se debe dar un “consentimiento informado cualificado”, en donde la información libre e informada sobre el tratamiento o la intervención debe ser detallada, formalmente suministrada, sopesada y mantenida durante cierto tiempo<sup>252</sup>.

5.4.9. Este derecho del paciente al consentimiento libre e informado también ha sido tutelado por el derecho internacional de los derechos humanos, que en la Observación General Número 14 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, acerca del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, incluye el derecho de las personas a controlar su salud y su cuerpo y a no ser sometidas a tratamientos y experimentos médicos no consensuales<sup>253</sup>.

5.4.10. Finalmente sobre este punto debe tenerse en cuenta lo que se estableció en la reciente Sentencia T-452 de 2010<sup>254</sup>, en donde se hizo una síntesis sobre el consentimiento

informado. En dicha jurisprudencia se dijo que,

“‘no cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica: es necesario que el consentimiento del paciente reúna ciertas características, y en especial que sea libre e informado’”<sup>255</sup> En cuanto a lo primero -consentimiento libre-, significa que, ‘la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Así, no es válido, por haber sido inducido en error, el asentimiento de un paciente que es logrado [por ejemplo] gracias a una exageración, por parte del médico, de los riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento’<sup>256</sup>. Con relación a lo segundo -consentimiento informado- la decisión ‘debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. Esto implica (...) que, debido a que el paciente es usualmente lego en temas médicos, el profesional de la salud tiene el deber de suministrar al enfermo, de manera comprensible, la información relevante sobre los riesgos y beneficios objetivos de la terapia y las posibilidades de otros tratamientos, incluyendo los efectos de la ausencia de cualquier tratamiento, con el fin de que la persona pueda hacer una elección racional e informada sobre si acepta o no la intervención médica’”<sup>257</sup>.

5.4.11. Por otra parte, en cuanto al concepto de “adicto”, el diccionario de la Real Academia Española establece que es aquella persona que “está dominada por el uso de alguna droga o por la afición desmedida a ciertos juegos”. En el caso de la adicción a las drogas se habla de farmacodependencia o drogadicción. En esta materia la jurisprudencia constitucional ha establecido desde el año 2002<sup>258</sup> y en una línea jurisprudencial continuada que la “drogadicción es 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”<sup>259</sup>.

5.4.12. Resulta también ilustrativo lo que se estableció en la Sentencia T-814 de 2008<sup>260</sup>, en donde 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...”. En esta

misma jurisprudencia se citó la Sentencia T- 684 de 2002 en donde se estableció que en materia de adicción a sustancias psicoactivas el individuo tiene derecho a ser beneficiario de los programas de salud que ofrece el Estado. En dicha Sentencia se dijo que, “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”.

5.4.13. Del mismo modo en la Sentencia T-814 de 2008 se indicó que,

“es dable afirmar que quien sufre de fármacodependencia es un sujeto de especial protección estatal, pues a la luz de la Carta Política y de la jurisprudencia constitucional, se trata de una persona que padece una enfermedad que afecta su autonomía y autodeterminación, pone en riesgo su integridad personal y perturba su convivencia familiar, laboral y social. Así las cosas la atención en salud que se requiera para tratar efectivamente un problema de drogadicción crónica, debe ser atendida por el Sistema integral de seguridad social en salud, bien a través de las empresas promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado o mediante instituciones públicas o privadas que tengan convenio con el Estado”<sup>261</sup>.

5.4.14. Finalmente, como se recordó en la Sentencia T-1116 de 2008, en el Plan Nacional de Salud Pública adoptado por el Decreto 3039 de 2007, se dijo que la adicción a sustancias psicoactivas es un problema de salud pública, que en las etapas de prevención y tratamiento, involucran en su prestación al nivel nacional, los entes territoriales y las EPS.

5.4.15. Teniendo en cuenta lo anterior se puede concluir nuevamente que desde una interpretación literal del apartado demandado, hay lugar a inferir que la prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, salvo prescripción médica, que en un principio parece como absoluto, podría estar limitado ya que se establece que éstas medidas de índole administrativo se establecerán solamente con fines preventivos y rehabilitadores de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias y que el sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto, circunstancia que atenuaría la prohibición sin limitaciones del porte y consumo de estas sustancias. Sobre estas posibilidades interpretativas, nuevamente, nada dijo la demanda.

5.5. Conclusiones sobre la interpretación sistemática, teleológica y literal



5.5.1. Una vez analizado el apartado demandado desde el punto de vista sistemático, teleológico y literal, se puede concluir que la prohibición que se establece, que en un primer momento parece de carácter absoluto, se limitaría o restringiría, ya que las medidas administrativas de carácter pedagógico, terapéutico y profiláctico solo se podrían dar con el consentimiento informado del adicto.

5.5.2. Del mismo modo se comprobó que la proposición jurídica completa de esta norma no se estableció por parte de los demandantes, ya que solo se demandó el supuesto de hecho de la norma y no la consecuencia jurídica de la misma, es decir, que los demandantes solo establecieron que la norma demandada había sustituido la Carta de 1991 por otra integralmente diferente haciendo una lectura parcial y aislada del resto del inciso sexto del artículo 49 reformado por el Acto Legislativo 02 de 2009, dando lugar a que no pueda ser comprendida suficientemente en su integridad, como se verá en el siguiente acápite.

## 6. Proposición Jurídica incompleta. Sentencia Inhibitoria

6.1. Como se estableció en el numeral anterior, a juicio de la Corte no se conforma en el presente caso la proposición jurídica completa que permita entrar a un examen y decisión de fondo sobre el cargo de sustitución de la Constitución, ya que el apartado demandado no puede ser comprendido integral y lógicamente, sin tener en cuenta el resto de la disposición en donde se inserta.

6.2. En efecto, la expresión normativa acusada, según la cual “El porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido”, que encabeza el inciso sexto del artículo 49 de la Carta, no puede ser comprendida autónomamente, sin tener en cuenta la segunda y la tercera parte del precepto que prescribe que “con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéuticos para las personas que consuman dichas sustancias”, y que, “el sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto”.

6.3. Como se ha establecida en reiterada jurisprudencia, aplicable especialmente a la teoría de la sustitución de la Constitución de la Constitución, cuando en la demanda no se establece la proposición jurídica completa, se está vulnerando el principio de suficiencia que deben tener las demandas de constitucionalidad y que consisten en la necesidad de que los actores

formulen los cargos exponiendo todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche, y presenten los argumentos que, aunque no logren prima facie convencer al magistrado que la norma es contraria a la Constitución, sí despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada<sup>262</sup>.

6.4. Por otra parte se debe resaltar que la Corte Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la integración de la unidad normativa es excepcional, y sólo procede cuando se torna indispensable para evitar un fallo inocuo o cuando resulta necesaria para poder efectuar un pronunciamiento de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por quien ejerce la acción pública de inconstitucionalidad<sup>263</sup>.

6.5. Teniendo en cuenta lo anterior se puede comprobar que en el presente caso se presenta una falta de suficiencia de la demanda que da lugar a una proposición jurídica incompleta, porque el actor no acusa una norma autónoma que puede ser comprendida integral y lógicamente sin tener en cuenta el resto de la disposición en donde está contenida. Como ya se ha afirmado, el apartado de la norma demandada que establece que “La prohibición al porte y el consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, salvo prescripción médica”, no es una proposición jurídica aislada que pueda ser entendida de forma independiente de la segunda y la tercera parte de la disposición ya reseñadas.

6.6. Por otro lado, se debe subrayar que cuando se trata de demandas de inconstitucionalidad por sustitución, la carga argumentativa de la demanda debe ser mucho mayor, para demostrar si so pretexto de la reforma, se sustituyó una Constitución por otra integralmente diferente, para lo cual el ciudadano debe concretar y especificar con claridad y no de manera genérica, la magnitud y trascendencia de dicha reforma.

6.7. En este sentido en la Sentencia C-1200 de 2003 se estableció que, “Cuando un ciudadano demanda una reforma constitucional por considerarla inconstitucional tiene la carga argumental de demostrar que la magnitud y trascendencia de dicha reforma conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra. No basta con argumentar que se violó una cláusula constitucional preexistente, ni con mostrar que la reforma creó una excepción a una norma superior o que estableció una limitación o restricción frente al orden constitucional anterior. El actor no puede pedirle a la Corte Constitucional que ejerza un control material

ordinario de la reforma como si ésta fuera inferior a la Constitución. Esto es fundamental para delimitar el alcance del control atribuido al juez constitucional”.

6.8. Del mismo modo en la Sentencia C- 572 de 2004 se dijo que, “Los actos reformativos de la Constitución pueden demandarse sólo por vicios de procedimiento en su formación, lo cual incluye, tal y como esta Corte lo ha señalado, vicios de competencia, en particular cuando se ataque la reforma por implicar una eventual sustitución de la Constitución vigente. Así, el ciudadano puede intentar demostrar la sustitución del ordenamiento constitucional o alegar la existencia de un vicio en el trámite del acto. En ambos casos, debido a la existencia de un término de caducidad, que muestra la intención del Constituyente de no sólo dar firmeza a las reformas constitucionales sino también de sustraer esos actos de un control integral y automático por la Corte, el ciudadano debe entonces concretar y especificar con claridad, y no de manera genérica, el cargo constitucional...”

6.9. Como se advirtió en el análisis sistemático, teleológico y semántico del apartado demandado, se constata que los actores solo establecieron que la norma demandada había sustituido la Carta de 1991 por otra integralmente diferente haciendo una lectura parcial y aislada, del resto del inciso sexto del artículo 49 reformado por el Acto Legislativo 02 de 2009, dando lugar a que no pudiera ser comprendida suficientemente la norma acusada en su integridad.

6.10. En el caso concreto, se pone de manifiesto que la carga argumentativa de los actores al carecer de suficiencia y de no formular la proposición jurídica completa, no puede ser estudiada por la Corte porque no se estableció de una manera contundente de qué manera el principio axial de la autonomía de la persona humana, elemento consustancial de la dignidad humana, fue sustituido por otro.

6.11. La Corte constata que los demandantes se limitaron a hacer una lectura parcial, incompleta y aislada de la modificación consustancial, la que se refiere únicamente a la prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas salvo prescripción médica, y no una lectura integral del precepto que la hiciera comprensible en todos sus aspectos, es decir, en lo que tiene que ver con que el legislador únicamente puede adoptar con fines preventivos y rehabilitadores medidas administrativas de índole profiláctico, pedagógico y terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias y

que el sometimiento a esas medidas y tratamientos requerirá el consentimiento informado del adicto.

6.12. En este caso la Corte no puede llegar en el control de la inconstitucionalidad por sustitución en las reformas constitucionales a construir oficiosamente los cargos de la demanda, cuando estos no cumplen con la carga argumentativa suficiente que demuestre que un principio axial se está sustituyendo por otro. Como se estableció en la Sentencia C-682 de 2009<sup>264</sup>, “...cuando los actores no satisfacen la carga mínima de argumentación la Corte no puede seleccionar las materias acerca de las cuales va a pronunciarse y menos aún inferir los cargos de inconstitucionalidad o directamente construirlos, so pretexto de la índole popular de la acción o del principio pro actione, dado que, si ese fuera el caso, desbordaría su competencia y sería juez y parte”.

6.13. Por esta razón en el caso concreto la Corte no puede emitir un pronunciamiento de fondo, ya que no se identifica de manera precisa la proposición jurídica completa para que se pueda determinar si con la modificación constitucional del Acto Legislativo No 2 de 2009, demandada parcialmente, se sustituyó una Constitución por otra integralmente diferente. Es decir, que en este caso los demandantes no especificaron con suficiencia el cargo de constitucionalidad, ni cumplieron con la carga de argumentación mayor que permita demostrar que la magnitud y la trascendencia de la reforma conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra.

6.14. En conclusión, la Corte estima que la demanda contra el artículo 1 (parcial) del Acto Legislativo No 2 de 2009 “por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”, es sustancialmente inepta ya que no está suficientemente argumentada – requisito de la suficiencia – y no se formula la proposición jurídica completa, indispensables para que pudiera entrar a realizar un examen y proferir una decisión de fondo.

6.15. Por las anteriores razones en el caso concreto la Corte se declara INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo, ya que el control de constitucionalidad que compete a esta Corporación no es oficioso, sino que exige la identificación precisa de la proposición jurídica demandada en toda su integridad y la satisfacción, en relación con toda ella, de una argumentativa suficiente, circunstancias que en el caso concreto no se presenta.

RESUELVE

Declararse INHIBIDA para resolver sobre la demanda presentada en contra de las expresiones “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, contenido en el Acto Legislativo 02 de 2009.

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

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Con salvamento de voto

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETTELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con aclaración parcial de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

A LA SENTENCIA C-574/11

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO POR VICIOS DE COMPETENCIA-  
Corte Constitucional también debió declararse inhibida

Si bien comparto la decisión tomada por la Sala Plena, en la cual se declaró inhibida para proferir un fallo de mérito en relación con el aparte demandado del Acto Legislativo 02 de 2009 por ineptitud sustancial de la demanda, mi discrepancia respecto de la posición mayoritaria no tienen fundamento en el sentido de la decisión adoptada, sino en el examen realizado a la acusación presentada respecto de una posible sustitución de la Constitución.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO POR VICIOS DE COMPETENCIA-  
Competencia de la Corte Constitucional solo por vicios de procedimiento

Como lo he sostenido de tiempo atrás, la implementación de la teoría de los “límites competenciales del poder de revisión” o teoría de “inconstitucionalidad por sustitución”, como también es denominada, implica realmente un control material de las reformas constitucionales, por lo tanto esta modalidad de examen escapa del ámbito de competencias de esta Corporación, que, según lo establece el art. 241.1 de la Constitución, sólo puede circunscribirse a los vicios de procedimiento en la formación de los actos reformativos de la Constitución. Cuando la Corte hace un juicio de sustitución se está extralimitando en sus competencias o funciones, siendo ella misma la que incurre en un vicio de competencia.

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO POR VICIOS DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Implicaciones negativas de su ejercicio

Son tres las principales consecuencias, todas ellas con connotación negativa, que conlleva la aplicación de esta teoría, las cuales deberían ser tenidas en cuenta para en un futuro cambiar la línea jurisprudencial y dejar de lado dicha teoría: (i) la misma riñe con el tenor literal del artículo 241.1 de la Carta y permite un control material de las reformas constitucionales; (ii) su implementación implica un cambio radical y profundo en el concepto de Constitución, al avanzar hacia el concepto de Constitución material; y (iii) dicha postura plantea una distinción artificial entre las distintas vías de reforma a la Constitución. La implementación de la teoría ha abierto la posibilidad de que los ciudadanos utilicen esta vía para demandar las reformas a la Constitución por aspectos materiales con los cuáles no se encuentran de acuerdo, algo que se refleja en la sentencia objeto de análisis.

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO POR SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Incompetencia de la Corte Constitucional

Referencia: expediente D- 8371

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) del acto Legislativo n. 2 de 2009, “por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”.

Demandantes: Guillermo Otálora Lozano, Andrea Liliana Parra Fonseca, Andrés Felipe Parra Serrano, Paula María Vargas García, José David Riveros Namén, Juana Catalina Vásquez Piñeros, Julieta Lemaitre Ripoll y Andrés Mauricio Delgado Velandia.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Con el acostumbrado respeto, el suscrito Magistrado se aparta parcialmente de los argumentos que llevaron a la Sala a tomar la decisión contenida en la sentencia C-574 de 2011. Mi discrepancia respecto de la posición mayoritaria no tiene fundamento en el sentido de la decisión adoptada, sino en el examen realizado a la acusación presentada respecto de una posible sustitución de la Constitución.



Son estos los fundamentos que motivaron mi discrepancia con los argumentos empleados por la decisión mayoritaria en esta ocasión.

Comparto plenamente la decisión proferida en esta providencia por la Sala Plena, en la cual se declaró inhibida para proferir un fallo de mérito en relación con el aparte demandado del Acto Legislativo 02 de 2009 por ineptitud sustancial de la demanda. Para adoptar tal decisión, la mayoría consideró que los cargos planteados por los demandantes no cumplían con la carga argumentativa exigida por la jurisprudencia para configurar un cargo de sustitución de la Constitución, pues para que la Corte Constitucional hubiera realizado un examen y proferido una decisión de fondo era indispensable que se cumpliera con el requisito de la suficiencia y que se hubiera formulado la proposición jurídica completa, teniendo en cuenta el resto de la disposición en donde estaba insertada.

Aunque acogí la decisión adoptada por la sala de declararse inhibida, considero que debo reiterar mi postura sobre la competencia de la Corte Constitucional para conocer de las demandas sobre pretendidos vicios de competencia en que incurra el Congreso en la aprobación de un acto legislativo y para realizar el así denominado “control de sustitución de la constitución”.

Mi postura al respecto se ve reflejada en los salvamentos y en las aclaraciones que he hecho cuando se ha abordado el tema (C-970 de 2004, C-971 de 2004, C-1040 de 2005, C-181 de 2006, C-740 de 2006, C-153 de 2007, C-293 de 2007, C-588 de 2009, C-141 de 2010 ) entre los que sobresalen el salvamento de voto a la sentencia C-1040 de 2005, en la que hice un análisis detallado y pormenorizado de mi postura y la aclaración de voto de la sentencia C-141 de 2010 -dicha providencia declaró la inconstitucionalidad de la ley 1354 de 2009, que convocó al pueblo a un referendo que permitiera la reelección presidencial por segunda vez- en la que, a pesar de haber sido Magistrado ponente, me aparté de la decisión mayoritaria con respecto a este tema específico.

Como he sostenido de tiempo atrás, la implementación de la teoría de los “límites competenciales del poder de revisión “ o teoría de “inconstitucionalidad por sustitución”, como también es denominada, implica realmente un control material de las reformas constitucionales, por lo tanto esta modalidad de examen escapa del ámbito de competencias de esta Corporación, que según lo establece el art 241.1 de la Constitución

sólo puede circunscribirse a los vicios de procedimiento en la formación de los actos reformativos de la constitución. Dicho en otras palabras, cuando la Corte hace un juicio de sustitución se está extralimitando en sus competencias o funciones, siendo ella misma la que incurre en un vicio de competencia

Desde que se acogió la teoría de la sustitución en la sentencia C -551 de 2003, la Corte de forma reiterada la ha utilizado y ha abierto la posibilidad de que los ciudadanos la utilicen para demandar la constitucionalidad de los actos legislativos, lo que ha hecho que la Corte haya caído en la difícil tarea de definir los alcances y el modo de empleo de una teoría, que como lo he venido señalando, encierra numerosas contradicciones internas; especialmente en lo que respecta a la naturaleza del control que implica este concepto, a la metodología que se debe implementar para hacerlo efectivo y al problema de su estrecha relación con el concepto de intangibilidad del texto constitucional.

Son tres las principales consecuencias, todas ellas con connotación negativa, que conlleva la aplicación de esta teoría, las cuales deberían ser tenidas en cuenta para en un futuro cambiar la línea jurisprudencial y dejar de lado dicha teoría: (i) la misma riñe con el tenor literal del artículo 241.1 de la Carta y permite un control material de las reformas constitucionales; (ii) su implementación implica un cambio radical y profundo en el concepto de constitución, al avanzar hacia el concepto de constitución material; y (iii) dicha postura plantea una distinción artificial entre las distintas vías de reforma a la Constitución

Dejo, pues, expuestas las razones que me llevan a aclarar parcialmente el voto con respecto a la línea argumentativa que llevó a esta Corporación a adoptar la decisión en el asunto de la referencia.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA C-574/11

INHIBICION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR PROHIBICION DEL PORTE Y CONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTROPICAS ESTABLECIDA EN EL ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2009-Improcedencia frente a proposición jurídica completa (Salvamento de voto)

Contrario a lo que concluyó la mayoría, la acusación dirigida contra el artículo 1º -parcial-, del Acto Legislativo 2 de 2009 si estructuraba un cargo susceptible de ser resultado por la Corte, por cuanto la proposición jurídica demandada era completa, siendo la censura frente a una prohibición genérica al consumo y porte de estupefacientes y su incompatibilidad con el principio de autonomía personal

UNIDAD NORMATIVA-Integración no era necesaria para propiciar un pronunciamiento de fondo (Salvamento de voto)

Basado en la línea argumental de la demanda, la objeción en contra del aparte demandado del artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009 podía ser comprendida integral y lógicamente sin tener en cuenta el resto de la disposición, por lo que no era necesario que los demandantes integraran normativamente el resto del inciso para considerar completa la proposición jurídica.

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION POR VICIOS DE COMPETENCIA-Procedencia con sustento normativo en el carácter ius cogens del derecho internacional (Salvamento de voto)/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS LEGISLATIVOS POR VICIOS DE COMPETENCIA-Procedencia (Salvamento de voto)

JUICIO DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Necesidad de avanzar en la identificación de parámetros objetivos, explícitos y determinables (Salvamento de voto)

Debo manifestar mi desacuerdo con la teoría de la sustitución, en tanto el juicio de sustitución que se realiza recurre a parámetros oscuros y de difícil identificación, que finalmente están librados a la voluntad del juzgador en su determinación, para establecer si se ha incurrido en excesos en el ejercicio de la competencia del Congreso de la República; circunstancia que afecta el proceso y deriva de que los ejes definitorios no están expresos en el texto constitucional ni definidos en el ordenamiento jurídico, por lo que se hace necesario avanzar en el ámbito de los vicios de competencia y en la determinación de parámetros objetivos, explícitos y determinables, para precisar si en realidad el Congreso está incurriendo en un vicio de competencia o no. Se ha propuesto a la Corte que como parámetro se recurra al sustento normativo que ofrece el derecho internacional con carácter ius cogens, por ser éste el único que ofrece parámetros de identificación determinables para el ejercicio de la soberanía

Referencia: Expediente D-8371

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) del Acto Legislativo No 2 de 2009 “por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”

Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez

Salvo mi voto frente a la sentencia de constitucionalidad C- 574 de 2011, aprobada por la Sala Plena en sesión del veintidós (22) de julio de dos mil once (2011), por las razones que a continuación expongo:

1. Considero, contrario a lo que concluyó la mayoría, que la acusación dirigida contra el artículo 1 -parcial-, del Acto Legislativo 2 de 2009, si estructuraba un cargo susceptible de ser resuelto por la Corte. Esto es así por cuanto la proposición jurídica demandada bajo el argumento de sustituir un eje definitorio de la Carta era completa, y por lo mismo, a partir de la demanda se podía emprender el análisis de la incompatibilidad del contenido normativo

introducido y la Constitución Política.

Debe destacarse inicialmente que la demanda estaba encaminada a mostrar como la prohibición demandada, que reza “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, desconoce lo que los demandantes consideran un eje definitorio de nuestra Constitución, como sería la autonomía personal<sup>265</sup>. En este escenario, es claro que la censura expuesta en la demanda es frente a una prohibición genérica al consumo y porte de estupefacientes, y la incompatibilidad de la misma con el principio de autonomía personal.

Para entender el reproche de constitucionalidad expresado en la demanda, no era pues necesario que los demandantes hubieran atacado además las expresiones “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” y “El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto”, pues las mismas no se proyectan sobre la autonomía personal de los individuos, ni califican, agravan o desarrollan la prohibición atacada. Son tan autónomas normativamente entre sí la expresión demandada y las antes citadas, que es factible que una y otras subsistan en el ordenamiento sin la existencia de la restante; esto es así, pues la prohibición genérica al porte y consumo no requiere medidas o tratamientos administrativos para realizarse, ni mucho menos las medidas o tratamientos administrativos podrían considerarse política y jurídicamente admisibles, sólo existiendo una prohibición frente a las drogas. Es diáfano de la demanda que ella ataca la prohibición por su conflicto con la autonomía personal, y no se encamina a objetar la compatibilidad de las medidas o tratamientos administrativos con la Carta, pues ellos no son la forma en que se realiza la prohibición genérica que inspira la demanda.

No era pues necesario que los demandantes integraran normativamente el resto del inciso para considerar completa la proposición jurídica, en especial porque, basado en la línea argumental de la demanda, la objeción en contra del aparte demandado del artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009 podía ser comprendida integral y lógicamente sin tener en cuenta el resto de la disposición en donde está contenida. Esto es así porque la prohibición al porte y el consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, salvo prescripción médica, en sí misma considerada, es una norma separable del contenido normativo que le sigue en el

artículo, y es fácil comprender la objeción de constitucionalidad plasmada en la demanda, si se analiza sólo dicha prohibición genérica en su compatibilidad con la autonomía personal.

2. El argumento que inspiró la demanda en el presente caso se basó en que “el Congreso de la República como poder constituido ha desbordado sus funciones y ha sustituido la Constitución mediante el quebrantamiento de la autonomía personal, un elemento esencial definitorio de la Constitución”. Al respecto señalan que, “Este elemento esencial definitorio tiene como fundamento en la dignidad humana, un principio absoluto que irradia toda la Constitución que ha sido subvertido y se ha convertido ahora en un principio sujeto a los límites de la concepción mayoritaria del bien”<sup>266</sup>. El cargo formulado, por tanto, se encamina a enjuiciar la parte demandada del Acto Legislativo 2 de 2009 por haber ocurrido en su trámite vicios de procedimiento, al excederse la competencia del Congreso de la República por haberse supuestamente afectado de ejes definitorios, implícitos en el texto constitucional. Esta situación, en opinión del demandante, implicaría la inconstitucionalidad del acto reformativo por cuanto el poder de reforma de la Constitución se habría desbordado al hacerse en realidad una sustitución de la Constitución por otra sustancialmente diferente, cuestión que según los defensores de dicha teoría, estaría proscrita en nuestro ordenamiento.

Al respecto debo manifestar que me encuentro en desacuerdo con la teoría de la sustitución, en tanto el juicio de sustitución que se realiza en su desarrollo, recurre a parámetros oscuros y de difícil identificación, que finalmente están librados a la voluntad del juzgador en su determinación, para establecer si se ha incurrido en excesos en el ejercicio de la competencia del Congreso de la República. Esta circunstancia, que afecta el proceso que adelanta el Tribunal constitucional, deriva de que los ejes definitorios no están expresos en el texto constitucional, y mucho menos pueden encontrarse definidos en el ordenamiento jurídico.

Por esta indeterminación, es necesario que se avance en el ámbito de los vicios de competencia, en la identificación de parámetros objetivos, determinables con claridad en el sistema jurídico, explícitos y no implícitos, para que entonces, a partir de una base sólida, se determine si en realidad el Congreso de la República está incurriendo en un vicio de competencia o no. En este punto, he propuesto a la Corte Constitucional que como parámetro de determinación de los límites del poder de reforma de la Constitución se recurra

al sustento normativo que ofrece el derecho internacional con carácter de ius cogens, por ser este el único que ofrece parámetros de identificación determinables para el ejercicio de la soberanía.

A partir de lo anterior, considero que la Corte Constitucional ha debido conocer de fondo de la demanda, y a falta de contradicción del Acto Legislativo 2 de 2009, en su aparte demandado, con las normas de ius cogens, ha debido declararse dicha reforma como compatible con la Constitución.

Respetuosamente,

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA C-574/11

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE PROHIBICION DEL PORTE Y CONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTROPICAS ESTABLECIDA EN EL ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2009-Falta de correspondencia entre el problema jurídico y la decisión (Aclaración de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCION POR VICIOS DE SUSTITUCION-Improcedencia de la integración oficiosa de la proposición jurídica completa (Aclaración de voto)

PROHIBICION AL PORTE Y CONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTROPICAS PARA EFECTOS PERSONALES (DOSIS PERSONAL)-No pueden dar lugar a imposición de sanciones policivas o penales (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-8371

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º (parcial) del Acto Legislativo núm. 2 de

2009, “por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”

Con el acostumbrado respeto por la posición adoptada por la Corte Constitucional, me permito ACLARAR mi voto a la presente sentencia. Aún cuando que comparto integralmente el sentido del fallo -declaratoria de inhibición por deficiencias de la demanda-, tengo algunos reparos en relación con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la providencia, en especial de orden metodológico, los cuales presento a continuación:

(i) En primer lugar, no encuentro correspondencia entre el problema jurídico formulado y el sentido de la decisión. En efecto, la Corte anuncia que va a decidir si la prohibición al consumo y porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, salvo prescripción médica, configura un vicio de sustitución por quebrantar los principios de autonomía personal y dignidad humana (fundamento 2.1); sin embargo, al encontrar serias falencias en la demanda no solo no define esa cuestión sino que termina por abstenerse de fijar reglas sobre el particular. Por lo tanto, en mi sentir, ha debido replantearse el problema jurídico y consecuentemente la orientación general de las consideraciones.

(ii) En segundo lugar, pero ligado al punto anterior, advierto que el análisis de la Corte exigía concentrarse en los requisitos de demandas cuando se propone a un cargo por exceso en el poder de reforma constitucional (vicio de sustitución), así como sobre la imposibilidad de integrar oficiosamente la proposición jurídica completa; y con base en ello evaluar si en el caso concreto la acusación cumplía o no dichas exigencias.

Al respecto hubiese sido deseable profundizar en cuanto al mayor rigor de los requisitos de certeza, claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia en acusaciones contra actos legislativos por vicio de competencia.

De la misma forma, era importante explicar en detalle por qué en estos eventos el juez constitucional no puede integrar motu proprio la proposición jurídica: de hacerlo restringiría gravemente los principios de participación y deliberación ciudadana, por cuanto la decisión seguramente sería ajena tanto al Ministerio Público como a los intervinientes, quienes se verían privados del derecho a exponer sus argumentos para impugnar o defender la constitucionalidad de normas que no fueron formalmente acusadas.

(iii) En tercer lugar, la Corte afirma que los demandantes no especificaron con suficiencia el



cargo de constitucionalidad, ni cumplieron con la carga de argumentación mayor para demostrar que la magnitud y alcance de la reforma implicaba sustituir un pilar esencial de la Constitución (fundamento 6.13).

Aún cuando esta conclusión puede ser válida, lo cierto es que para extraerla era necesario no solo hacer una reconstrucción argumentativa de la demanda, sino demostrar por qué las razones expuestas por los ciudadanos resultaban insuficientes a la luz de los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional, y no simplemente limitarse a hacer una referencia genérica e indeterminada acerca de las falencias de la acusación.

(iv) Por último, considero que una interpretación semántica, histórica, teleológica y sistemática del Acto Legislativo 2 de 2009 permitía dejar en claro, de una vez por todas, que desde ninguna de esas perspectivas la prohibición al porte y consumo de sustancias sicotrópicas para efectos personales (dosis personal), con o sin prescripción médica, puede dar lugar a la imposición de sanciones policivas o penales. Ello con independencia de que la autonomía personal represente –como estoy convencido– una de las manifestaciones de la dignidad humana, pilar esencial e insustituible de nuestra Carta Política.

En estas condiciones dejo constancia de mi respetuosa discrepancia con algunas de las consideraciones de la parte motiva de la sentencia C-574 de 2011.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA

A LA SENTENCIA C-574/11

Referencia: Expediente D-8371

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) del Acto Legislativo 2 de 2009, “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”.

Magistrado Ponente:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, comedidamente me permito exponer las razones que explican mi parcial discrepancia con la sustentación a partir de la cual la Sala Plena adoptó, con mi participación y voto favorable, la decisión de declararse inhibida para decidir sobre la exequibilidad de un aparte del Acto Legislativo 2 de 2009.

Mi puntual desacuerdo con esta decisión deriva del hecho de no compartir la tesis sostenida por un sector mayoritario de esta corporación en torno a los llamados vicios de competencia en el trámite de las reformas constitucionales, y a la consiguiente doctrina sobre sustitución de la Constitución. Las razones de fondo que explican esta discrepancia han quedado expuestas in extenso en múltiples aclaraciones de voto<sup>267</sup>, así como en dos salvamentos de voto<sup>268</sup>, frente a sendas decisiones en las que este tribunal se ha pronunciado frente a la exequibilidad de distintos Actos Legislativos que fueron cuestionados con este mismo tipo de argumentos.

Como lo he expresado en esas oportunidades, he disentido de tan progresiva tesis, al considerar que este tribunal no puede cumplir su función de guardar la integridad y supremacía de la Constitución Política asumiendo funciones distintas a las textualmente listadas en sus artículos 241 y 374 a 379, como ocurre precisamente con el control a los vicios de competencia, no enunciado expresamente dentro de las facultades de esta Corte.

También he señalado que el ejercicio de este tipo de control supone eventuales contradicciones internas, por ejemplo frente a la reiterada advertencia de que la Constitución no contiene cláusulas pétreas; da origen a situaciones inaceptables en las que el parámetro de control depende en gran medida de las percepciones del juez constitucional llamado a aplicarlo, e implica asumir la Constitución de 1991 como más rígida de lo que realmente es, con los problemas que esta percepción puede generar en torno a la supuesta imposibilidad de reformar el texto superior, cuando la ciudadanía estima que ello es oportuno e indispensable.

En desarrollo de este planteamiento he concordado con la decisión que en este caso propuso a la Sala Plena el señor Magistrado sustanciador, en el sentido de declararse inhibida para decidir sobre los cargos formulados contra un aparte del Acto Legislativo 2 de 2009, con apoyo en esta discutible doctrina. Sin embargo, mi respaldo a esta propuesta responde no

solo a la notoria ineptitud de la demanda, punto en el cual coincido, sino también a la consideración de que, en razón a la ausencia de una específica atribución constitucional en ese sentido, la Corte carece de competencia para resolver sobre cuestionamientos de ese tenor.

En los anteriores términos dejo planteada mi respetuosa aclaración de voto.

Con mi acostumbrado y profundo respeto,

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

1 Folios 1 y 2. Así mismo comento que “la idea básica detrás del principio de dignidad humana, y particularmente de la autonomía personal, se deriva de la máxima kantiana según la cual una persona es un fin en sí mismo, y nunca debería ser usada como medio para un fin (Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres). Esto quiere decir que la dignidad de la persona siempre es una ‘carta de triunfo’ (C-309 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero), y una barrera infranqueable para el Estado, el cual no puede simplemente alegar la prevalencia del interés general para pasar por encima de la dignidad humana (T-606 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, Sentencia SU-491 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero en donde se dijo que ‘En aras de la primacía del interés general las autoridades no pueden desconocer el principio de la dignidad humana [...]’). Por otra parte indican que, “La importancia de la dignidad humana es tal que la Corte ha terminado por definir los derechos fundamentales con referencia a ella, pues un derecho fundamental es ‘todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella’.” Además que la Corte ha entendido que “el enunciado normativo ‘dignidad humana’, desempeña tres roles distintos: (i) es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor

constitucional, (ii) es un principio constitucional y (iii) tiene el carácter derecho fundamental autónomo', por lo cual 'la dignidad humana es el principio fundante del ordenamiento jurídico y constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo sistema de derechos y garantías de la Constitución', y también constituye la base axiológica de la Carta, de la cual se derivan derechos fundamentales de las personas naturales, fundamento y pilar ético del ordenamiento jurídico. De esta múltiple caracterización ha deducido la Corte Constitucional que 'la dignidad humana caracteriza de manera definitoria al Estado colombiano como conjunto de instituciones jurídicas' (C- 355 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas)." (Folios 4 a 6)

2 Citan la Sentencia T- 401 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) que dice que, "La dignidad humana [...] es en verdad principio fundante del Estado (C.P. art. 1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia [...]".

3 En este sentido dice que la importancia de la dignidad humana es resaltada por el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el preámbulo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4 Esta clasificación tripartita se estableció en la Sentencia T-881 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

5 P. 4 del expediente.

6 Ibíd.

7 M.P. Carlos Gaviria Díaz

8 Sobre esto reseñaron que, "La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido una posición similar, al considerar que cuando una persona lleva consigo una dosis de sustancias estupefacientes, 'en cantidades escasas que sobrepasan legalmente los topes legalmente permitidos (...) lo que se pone de presente es un comportamiento 'auto-destructivo' o de

‘auto-lesión’ el cual incumbe los ámbitos exclusivos de la libertad de esa persona, es decir, a un fenómeno singular carente de antijuridicidad material (ausencia de lesividad), y que, por ende, no es punible (Citado en la Sentencia C-221 de 1994, p. 10 del expediente). En este mismo sentido la Corte Constitucional ha dicho que, “...la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la autonomía individual), la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle. Libertad que implica que cada persona deberá con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo.”(Folios 10 y 11)

9 Ibíd. (Folio 11)

10 A modo de ejemplo citan sentencias de esta Corporación sobre la eutanasia, la libre elección sexual, el derecho a la educación, la prostitución, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad para resaltar los asuntos que conciernen a la comunidad, y asuntos que solo conciernen a la persona.

11 Folio 14 del expediente.

12 Folio 15 del expediente.

13 Por esta razón señalan que el establecimiento de medidas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas, también creado en el Acto Legislativo No. 2 de 2009 entra en el ámbito del poder de reforma, y no ha sido demandado. Sin embargo, la prohibición del mero porte y consumo de sustancias (sic) estupefacientes o psicotrópicas, desborda el poder de reforma, siendo una sustitución del principio de autonomía personal.”Ibídem. (Folio 16)

14 Ibíd. (Folio 17)

15 Folio 18.

16 Sobre este punto señalan que la implicación inmediata de una prohibición de conductas privadas es la intrusión de la actividad de policía administrativa y de policía judicial en la vida privada de las personas que puede dar lugar a la observación y recolección de pruebas en

espacios y situaciones íntimas (Folio 18).

17 *Ibíd.*

18 Proyecto de Ley presentado por el Ministerio del Interior y de Justicia, “Proyecto de Ley 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”, art. 11. Señalan que este proyecto tendría efectos sobre los posibles usos de las sustancias denominadas “estupefacientes o sicotrópicas”, incluyendo el uso recreativo, el uso ritual y el uso experimental, pues establece una sola excepción que es la “prescripción médica”. *Ibídem.* (Folio 18)

19 Presentes en los siguientes folios: 124 y 156.

20 Firmado por Damon Barret Analista Senior en Derechos Humanos, International Harm Reduction Association Director de Proyectos, Internacional Centre on Human Rights and Drug Policy, presentado el 4 de febrero de 2011.

21 Folios 148 a 156.

22 Cita el Preámbulo en donde se dice que, “Reconociendo que el uso médico de los estupefacientes continuará siendo indispensable para mitigar el dolor y que deben adaptarse medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de estupefacientes con tal fin”. Igualmente explica que, “Deseando concertar una Convención Internacional que sea de aceptación general, en sustitución de los tratados existentes sobre estupefacientes, por la que se limite el uso de estupefacientes a los fines médicos y científicos y se establezca una cooperación y una fiscalización internacionales constantes para el logro de tales finalidades y objetivos”. (Negrillas en el escrito, p. 12).

23 Cita el Preámbulo en donde se reconoce el uso de estas sustancias para fines terapéuticos y de investigación. Dice dicho Preámbulo, “Reconociendo que el uso de las sustancias sicotrópicas para fines médicos y científicos es indispensable y que no debe restringirse indebidamente su disponibilidad para tales fines”.

24 Por ejemplo en los tratamientos de quimioterapias, artritis o glaucoma, p. 14 del escrito.

25 Explica los beneficios del uso del cáñamo y las diferencias en la planta de la tetrahidrocannabinol que es la resina del cannabis que se encuentra en las puntas, ápices o sumidades de la planta. Dice que hay un rentable uso industrial del cáñamo en Canadá y Estados Unidos como cremas, textiles o papel, estos productos son incluso exportados a México. (pp. 16 y 19 del escrito).

26 En los usos lúdicos o recreativos dice que se tiene que diferenciar entre quién consume una droga “sin afectar a terceros y quién afecte a terceros, esto es que difunda, promocióne o facilite su consumo (...) La protección adecuada del bien jurídicamente tutelado se da mediante el tratamiento para quien tenga la necesidad de consumir narcóticos o farmacodependiente; o bien la información y la educación para quien tenga el hábito de consumir narcóticos o lo haga en más de una ocasión” (p. 21 del escrito).

27 Sobre este punto explica que la prohibición iría en contra de los principios consecuencialistas, de la subsidiariedad y del principio fragmentario de la pena. En donde se aconseja mirar previamente cuáles serán las consecuencias de la penalización, establecer la pena sólo como recurso excepcionalísimo frente al conflicto social y el principio fragmentario que consiste en que “dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a toda situación lesiva del bien jurídico, sino sólo respecto de hechos muy determinados y específicos. Lo contrario significaría una ampliación de la actividad punitiva del Estado que podría llevar a una paralización de la vida social y a provocar la inseguridad de las personas permanentemente amenazadas por la violencia del Estado” (p. 4 y 5 de la intervención).

28 En este caso indica el escrito que, “Para quienes no padezcan de dependencia, sino que únicamente pongan en riesgo su salud mediante el consumo repetido o el hábito de consumo (por oposición al consumo por una sola vez), entonces el tratamiento no será adecuado, por no existir un padecimiento que tratar. En [ese caso] solo se podría, si acaso establecer como penas la obligación de información y educación acerca de las consecuencias de diverso tipo que el consumo de un narcótico conlleva”.

29 Por ejemplo proveyendo servicios médicos para tratar las adicciones, programas que eviten el intercambio de jeringas para los adictos a la heroína, “o bien realizando campañas de concientización sobre los efectos del tabaquismo, el consumo de cocaína o los peligros de manejar bajo la influencia del alcohol” (Folio7 de la Intervención).

30 Refiriéndose a Europa dicen que España, Portugal e Italia, no consideran la tenencia de drogas para uso personal, un delito punible. En los Países Bajos y Alemania, la posesión para uso personal es ilegal, pero se establecen directrices para la policía y fiscales para evitar la imposición de la pena. Explica que algunos países de América Latina (incluyendo Brasil, México, Colombia y Argentina), han despenalizado la posesión para uso personal, ya sea por “decreto judicial” o por medio de una legislación. Dice que Portugal despenalizó toda posesión para uso personal desde 2001 y señala que, “ha sido testigo de importantes éxitos en materia de salud y la reducción del número de personas que entran en contacto con el sistema judicial penal”, en este sentido cita el libro de Hugues and Stevens “What Can We Learn From the Portuguese Decriminalization of Illicit Drugs?”(Folio 189 del Expediente).

31 Dice que, “El sistema de fiscalización de drogas se fundamenta en tres tratados de fiscalización internacional: la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, Nueva York, 30 de marzo de 1961, Convención sobre sustancias psicotrópicas, 21 de febrero de 1971 y la Convención contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 20 de diciembre de 1988”. Sin embargo, se explica en la intervención que aunque la Convención de 1988 parece ser más estricta que la de 1961, se establece en todo caso en la llamada cláusula de salvedad a favor de cada de Estado el artículo 3 (11) que establece que, “Nada de lo contenido en este artículo afectará al principio según el cual las ofensas a las que se refiere, así como las causales de exención a la pena, deben ser definidas, perseguidas y sancionadas de conformidad con la legislación nacional del Estado Parte”. Se dice en la Intervención que, “El Comentario oficial sobre la Convención Única de 1961 es claro al afirmar que la cuestión de la criminalización de la posesión para uso personal era un tema de disputa entre los Estados durante las negociaciones y que la convención no la exige. La Convención de 1988 es más clara en relación con la posesión para consumo personal, pero la cláusula de salvaguardia se mantiene vigente” (Página 6 del Expediente, Folio 192 de la Intervención).

32 En el artículo 33 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) se dice que, “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños del uso ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes (...)”. Se dice en la intervención que, “El Comité de los Derechos del Niño es consistente en su opinión de que un niño que es drogodependiente debe ser visto como una víctima, no como criminal y recomienda con frecuencia el uso de medidas sociales y



educativas relacionadas con el consumo de drogas” [Las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia Penal de Menores de Naciones Unidas (Reglas de Beijing), GA Resolution 40/33 (29 de noviembre de 1985)].

33 Artículo 9 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión Arbitraria”.

34 Comité de la ONU sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales. Islas Mauricio UN Doc E/C.12/MUS/CO/ 4 8 de junio de 2010, párrafo 27 (f).

35 Su escrito fue presentado el 4 de febrero de 2011, folios 157 – 163 del expediente.

36 Indica que su página web es [www.dosisdepersonalidad.com](http://www.dosisdepersonalidad.com), en donde se pueden ver las discusiones sobre el tema. Dice la intervención que son más de 700 miembros en su mayoría estudiantes o profesionales jóvenes, “Nuestro consumo de drogas es esporádico, tal vez en algunos casos abusivo, pero rara vez llega a la dependencia”.

37 Dicen que se debe separar la comisión de crímenes con el acto privado del consumo y que el consumo de drogas debe estar desvinculado de los demás actos que cometa o que pueda llevar a cabo ya que no se puede juzgar a una persona por lo que no ha hecho. Hacen esta afirmación sobre lo que se dice en el Proyecto de Ley 248 radicado en Senado el 22 de abril de 2010, que se presentó para reglamentar el A.L 02 de 2009, en donde se dice que según un estudio conducido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Ministerio de Interior y la Dirección Nacional de Estupefacientes, el 60% de los menores encuestados cometieron delitos bajo la influencia de sustancias psicoactivas y que el 66% de esta población dice que no habría cometido el delito sino hubiera estado bajo el efecto de dichas sustancias. Explican a manera de crítica que si una relación con el crimen fuera inexorable con el consumo de drogas, con 540.000 personas que dicen haber consumido drogas en el país, “nos encontramos en una ola criminal sin precedentes” (Folios 159 y 160 expediente).

38Folio 159 del Expediente.

39 Folios 157 a 163 del Expediente. Dicen que aunque tienen simpatía por los llamados culturales para defender el consumo de sustancias, la concepción del colectivo no se asienta

en la defensa del uso ritualista y étnico de las sustancias, sino más bien en una reivindicación del culto de la personalidad y la decisión individual (p. 161 del Expediente).

40 Folio 163 del Expediente.

41 El 4 de febrero de 2011. Folios 164 a 183 del Expediente.

42 Su solicitud se basa en que “existe la posibilidad de que la Corte Constitucional haga un análisis de constitucionalidad de los actos legislativos cuando estos son reformatorios de un elemento esencial de la Constitución (juicio de sustitución)” (Folio 164 del Expediente). El ciudadano hace un recuento de la jurisprudencia que se ha establecido sobre el llamado juicio de sustitución comenzando con la Sentencia C-551 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) que establece que, “...aunque la Constitución de 1991 expresamente no contiene ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad” (Folio 165 del Expediente). También indica que este control no es igual al control de constitucionalidad, porque el parámetro de constitucionalidad son los “principios y valores que la Constitución contiene” y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad (C-551 de 2003). Por otra parte sostiene que según el Auto 283 del 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) dice que en la demanda el actor debe “sustentar plenamente en qué consiste la sustitución denunciada” y que la carga argumentativa se incrementa considerablemente porque el demandante debe explicar “con argumentos suficientes, que tal cambio implica la abrogación de la Constitución vigente”. Por último señala los pasos del “juicio de sustitución” que se encuentran contenidos por ejemplo en la Sentencia C-141 de 2010 (M.P. Humberto Sierra Porto) y que consiste en determinar: “a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial de la Constitución, b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resultan incompatibles”. Igualmente subraya que de acuerdo a la jurisprudencia reciente sobre el tema “el juicio de sustitución”, como se ha denominado el análisis que debe realizar el juez en estos casos, no es un concepto acabado, completo o definitivamente agotado. “Es a partir de situaciones específicas que la Corte ha debido (y deberá) construir las herramientas analíticas necesarias para determinar la validez

de una norma como las que nos interesa aquí” (Folio 167 del Expediente).

43 El 4 de febrero de 2011. Folios 184 a 196.

44 Intervención de Cristina Narváez González. (Folio 196)

45 Intervención Christian Adrián Cadena Flechas, pp. 197 a 210.

46 El 4 de febrero de 2011, Folios 197 a 206 del Expediente.

47 Intervención de Juan Sebastián Ballestas. (Folios 208)

48 Folio 261 del Expediente.

49 Considera el interviniente que esta Sentencia establecería un “Test negativo de sustitución”, ya que la Corte dispuso en dicha Sentencia que no puede hacer al momento de analizar una posible sustitución de la Carta: “(i) tratar la reforma constitucional como una ley de rango infraconstitucional que carece de fuerza jurídica para modificar la Constitución, (ii) elevar los principios o reglas o normas intangibles que el órgano constituido titular del poder de revisión no puede tocar o reformar como si la prohibición de sustituir la Constitución equivaliera a la petrificación de una parte de la Constitución, (iii) anteponer al poder de revisión supuestos contenidos normativos supraconstitucionales intocables, (iv) efectuar una comparación entre contenidos específicos de la Constitución original y el contenido de la reforma como si el segundo pudiera contradecir los primeros al reformarlos, (v) limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducida por la reforma a la Constitución original sin analizar si las enmiendas en su conjunto constituyen una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido reemplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma” (P. 260 y 262 del Expediente).

50 Metodología que ha sido reiterada en las Sentencias C-588 de 2009 y C-141 de 2010.

51 Explica sin embargo, que lo expresado hasta acá no quiere decir que la conducta prohibida por el acto legislativo, no merezca una regulación por parte del Estado y en lo posible deba ser controlada (Folio 262 del expediente).

53 Cita la T-881 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett y la C-355 de 2006 M.P Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas) (Folio 70).

54 Página 72 del expediente.

55 Ibíd.

56 Folio 71 del expediente.

57 Segunda vuelta, publicada en la Gaceta del Congreso No. 1182 de 2009. Dice que allí se resumió el trámite legislativo adelantado en los debates precedentes en los que se configuró el texto que hoy es el artículo 1° del Acto Legislativo 02 de 2009.

58 Folio 72.

59 Ibíd.

60 Que se publicó en la Gaceta No 281 de 2009.

61 En la discusión se dijo que, "...debe quedar muy claro que este Acto Legislativo no pretende penalizar la dosis personal, sino prohibirla y acompañar a quienes sufren de 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" (Folio 73). Se dice que se decidió por esta razón eliminar del proyecto los llamados tribunales médicos y las medidas privativas de la libertad que se consideraron como viables en un primer debate del Acto Legislativo. Se dice que, "... la parte que hemos subrayado pone claros límites al legislador en el sentido de que las medidas que se llegaren a imponer serán de carácter pedagógico, profiláctico y terapéutico y en ningún caso penales, es decir que sería la misma Constitución la que prohibiría imponer pena de carácter estrictamente penal o como reproche a un delito consistente en medidas restrictivas de la libertad" (Folio 75).

62 Se cita el 2º debate ante la Plenaria de la Cámara de Representantes en donde se refirió la Sentencia C-309 de 1997 (Folios 72 y 73).

63 Se cita la Sentencia T-684 de 2002 en donde se dice que se considera como drogadicción crónica el trastorno mental o enfermedad crónica. En este sentido "...quién 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 ésta ha llevado 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..."(Negrillas resaltadas en la Intervención. Folio 73).

64 Gaceta No 466 de 2009.

65 Folio 76

66 Ibíd.

67 Ibídem. (Folio 77)

68 Folio 114.

69 Un total de 26 páginas, del Folio 85 al 112 del Expediente.

70 M.P. Carlos Gaviria Díaz. El Salvamento de Voto se dio parte de los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

71 Folio 112 del Expediente.

72 Folio 113 del Expediente.

73 Ibídem.

74 Ibídem.

75 Dice específicamente que, “la interpretación de los numerales 1 y 2 del artículo 241 de la carta, indica que la Corte Constitucional puede controlar los actos reformativos de la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación, al respecto se han planteado dos tesis: 1. Una tesis exegética y restrictiva; La Corte Constitucional debe limitarse a verificar que el trámite de la iniciativa haya sido surtido con observancia de las puras formas. Desde esta perspectiva el análisis de la Corte sería formal. 2. Una tesis Integral; La Corte Constitucional debe hacer un control integrado de Constitucionalidad, que a su turno implica el control de los requisitos de forma y el control de los vicios de competencia; es decir, que el congreso no haya ido al punto de haber cambiado o sustituido la constitución” (Folio 220 del expediente).

76 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

77 Folio 221 del Expediente.

78 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

79 Folio 221 Expediente.

80 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

81 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

83 Folio 223 del Expediente.

84 Cita en este sentido la Sentencia C-1040 de 2005, F.J. 7.2.10 y el Salvamento de voto del Magistrado Manuel José Cepeda que estableció que “Si bien en materia de sustitución de la Constitución cobra gran importancia la teoría del poder constituyente, mientras la Corte no avance en cuestiones metodológicas menos glamorosas intelectualmente pero indispensables para aplicar el juicio de sustitución a casos concretos, será difícil superar en el futuro el impase que impidió en esta oportunidad hacer un pronunciamiento sobre si la reforma constitucional sustituyó la Constitución” (Folio 223).

85 Folios 223 y 224.

86 Cita en primer lugar que se trata de un vicio de competencia y por ende solo se puede

impugnar por vicios de procedimiento en el término de un año, antes de que caduque la acción.

87 Dichas normas establecían sanciones penales y pecuniarias para 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”.

88 Folio 231 del Expediente.

89 Ibíd.

90 Cita especialmente las Sentencias C-986 de 2006, C-816 de 2004 y C-153 de 2007. Folios 231 a 233 del Expediente.

91 Folio 235 del Expediente. Señala que, “De acuerdo con lo anterior, el legislador cuenta con una amplia gama de posibilidades de adopten mecanismos y políticas orientadas a controlar el consumo de drogas alucinógenas, ya sea diseñando nuevos dispositivos legales y/o adicionando la Ley 745, en el sentido de incorporar las normas necesarias para el procesamiento de las contravenciones penales”.

93 Sentencia C-879 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

94 Página 238 del Expediente. Explica que de acuerdo al artículo 16 de la C.P, donde se ve reflejado el principio de autonomía de la persona humana, la prohibición establecida en el inciso sexto del artículo 49 de la C.P., “se ajustaría al ordenamiento constitucional sólo en el evento en que esas medidas estuvieran dirigidas a salvaguardar derechos e intereses de terceros o proteger valores objetivos sociales del ordenamiento. Más no bajo el supuesto de proteger intereses de quienes portan y usan para su propio consumo personal...”. Página 239 del Expediente.

95 Es decir al apartado que establece que, “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”, y al apartado que dice que, “El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto”. Página 242 del Expediente.

96 Página 253 del Expediente.

97 Página 254 del Expediente.

98 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 08 de julio de 2008, Rad. 31531, M.P. Yesid Ramírez Bastidas. P. 255 del Expediente.

99 Citan los intervinientes en la sentencia en mención el siguiente aparte: “El método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto. Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, – para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro - no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.”(Folio 256)

100 Dicen que, “...nada deja asegurar en la jurisprudencia de la Corte, que este principio sea esencial en la identidad de la Constitución y pueda constituir la premisa mayor del juicio de sustitución. Por el momento, la Corte sólo (sic) se ha considerado como elementos definitorios de la Carta la carrera administrativa y el sistema de méritos (Sentencia C-588 de 2009) y el período presidencial (C-141 de 2010) al afectar el diseño institucional original de la Constitución”. (P. 257 del Expediente). Igualmente consideran que el juicio de sustitución tiene que ser reducido al mínimo y que no se puede considerar a todos los derechos



fundamentales como normas irreformables. Sin embargo estiman que “no es de excluir que puedan incluirse con posterioridad algunos principios y derechos fundamentales esenciales como el Estado Social de Derecho o la dignidad humana (Ibíd.).

101 Página 257 del Expediente. Sobre este punto indica que “...la demanda no es lo suficientemente precisa e ignora estos elementos” (Ibíd.)

102 Ibíd. Señalan que el espíritu original de la Constitución no estableció que con base en la autonomía personal se pudiera despenalizar la dosis mínima y que ningún instrumento internacional o jurisdicción internacional ha interpretado este principio en este sentido (Ibíd).

103 Página 16 de la Intervención. Dice que, “...resulta claro que un acto legislativo que prohíbe el porte y consumo de drogas implica una alteración de dicho elemento, pues reduce su ámbito de garantía y lo debilita”.

104 Principalmente la Sentencia C-221 de 1994. Dice que, “Tal como lo exponen los demandantes, existe una copiosa jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca del alcance del principio de autonomía personal en la cual resalta que al Estado le está vedado imponer a los individuos modelos de vida y de virtud. Igualmente, en varias sentencias la Corte ha indicado que la adopción de medidas perfeccionistas relativas al consumo de drogas es contraria a la autonomía personal” (Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

105 Desde la Sentencia C-551 de 2003 que introdujo la tesis de la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma, como también las Sentencia C-970 de 2004 y la Sentencia C-1040 de 2005 que establecieron la metodología o el test de la inconstitucionalidad por sustitución. También se hace referencia a las Sentencias que han declarado inconstitucional una reforma por sustitución de la Constitución como la Sentencia C-1040 de 2005, la Sentencia C-588 de 2009 y la Sentencia C-141 de 2010.

106 Explican que según autores como Adolf Merkl o Alf Ross desde el punto de vista estrictamente lógico, un poder de reforma ilimitado, que tuviera la capacidad de modificar toda la Constitución y sustituirla, incluyendo la propia cláusula de reforma y la supremacía de la misma constitución, es contradictorio (p. 3 de la Intervención).

107 Especialmente relacionado con el concepto material de Constitución, en donde se dice que “...una reforma constitucional que consagre normas que desconozcan ese piso axiológico mínimo de todo régimen constitucional desborda las competencias del poder constituyente derivado, no solo porque subvierte la Constitución de 1991, que está comprometida con esos valores, sino además porque desvirtúa la idea misma de régimen constitucional”. (p. 3 – 4)

108 Explican “que muchos principios y reglas que amparan esos valores de la dignidad humana han adquirido el carácter de normas imperativas de derecho público o normas *ius cogens* que no admiten ninguna normatividad que las vulnere”. Sobre el concepto de *ius cogens* remite al art. 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que define este concepto como, “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (p. 4 de la intervención).

109 Del juicio de sustitución que se establece en la Sentencia C-1040 de 2005 que se expuso en el pie de página No 99 de esta providencia.

110 Sobre este punto dicen que, “Estimamos que tratándose de reforma constitucional por medio de acto legislativo, el Congreso no solo carece de competencia para reemplazar un elemento esencial definitorio de la Constitución por otro radicalmente opuesto, sino que además carece de competencia para alterar elementos definitorios de esta, como sucede, por ejemplo, con la introducción de excepciones a principios constitucionales o con la restricción de su alcance...” (p. 14 de la Intervención).

111 Sobre este punto dicen lo siguiente: “Así la reforma constitucional por vía de acto legislativo, aprobada por el Congreso de la República, en los términos del artículo 375 de la Constitución, únicamente demanda el concurso de los partidos políticos con representación en el Congreso y la mayoría calificada exigida es relativamente baja, en términos de derecho comparado, pues basta la mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras, mientras que muchos ordenamientos requieren votaciones de dos terceras partes o tres cuartas partes de los integrantes de esas corporaciones. Además este mecanismo no supone la participación directa del pueblo sino únicamente de sus representantes. Como quiera que este procedimiento implica la menor –en relación con las restantes posibilidades de reforma-

representación o manifestación del consenso sobre la reforma, ha de entenderse que en tales casos es donde la competencia del poder de reforma es menor. Por el contrario, las vías extraordinarias de reforma constitucional (referendo y asamblea constituyente) cuentan, en desarrollo del principio de soberanía popular, con la participación ciudadana. Así la reforma constitucional por vía de referendo supone una ampliación de la base democrática...” (p. 9 de la Intervención).

112 Folio 277 del Expediente.

113 Ibíd. (Folio 277)

114 Folio 276 del Expediente en donde remite a la Exposición de motivos Acto Legislativo 02 de 2009. Dice en el pie de página No 5 de la Intervención que el Gobierno colombiano ante el 52º período de sesiones en la Comisión de estupefacientes reunida en Viena en marzo de 2009 en donde se hicieron consideraciones relativas a la necesidad de proteger la salud como derecho y deber de la persona, y sobre la obligación del Estado de asegurar el cuidado integral de la salud. (Folio 276 del Expediente).

115 Expone que “El cuidar de la salud propia y de la salud de la comunidad, no es un tema ético o moral, que corresponda al ámbito de la intimidad de las personas. La propia Constitución establece que es un deber jurídico, y no una mera pauta sobre lo que es correcto o incorrecto, respecto de la cual las personas pueden apartarse sin mayores dificultades” (Folio 273 del Expediente).

116 Folio 275 del Expediente.

117 Folio 277 del Expediente.

118 Negrilla fuera del texto.

119 Negrilla fuera del texto.

120 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

121 Dicha doctrina se empezó a dar especialmente en los fundamentos jurídicos 29 a 40 de la Sentencia C-551 de 2003. Igualmente se dijo en dicha Sentencia que a nivel doctrinal se

puede consultar los textos de Karl Loewenstein. Teoría de la Constitución. Barcelona, Ariel, 1986, pp. 192 y ss.; Alf Ross. "Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional" en: El concepto de validez y otros ensayos, México: Fontanamara, 1993, pp. 49 y ss.; Carl Schmitt. Teoría de la Constitución, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934, Punto 3, pp. 27 y ss., y punto 11, pp. 119 y ss.; Georges Burdeau. Traité de Science Politique, Paris: LGDJ, 1969, Tomo IV, pp. 250 y ss.; Pedro de Vega, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 267 y ss. Germán Bidart Campos. Historia e ideología de la Constitución argentina, Buenos Aires, Ediar, 1969, pp. 148 y ss. y Carl Friedrich, Teoría y realidad de la organización constitucional democrática, México, Fondo de Cultura Económica, 1946 y Reinaldo Vanossi, Teoría Constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1975, Tomo I. Del mismo modo se estableció que la bibliografía y la jurisprudencia sobre el tema son muy amplias. Igualmente sobre la diferenciación entre poder de reforma y poder constituyente se puede consultar la obra de Marie-Françoise Rigaux, La Théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante, Bruxelles, Larcier, 1985. Sobre la diferenciación en la doctrina alemana el texto de Horst Ehmke, Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, Bonn, Athenäum, 1981. La diferenciación también se ha tenido en cuenta en Italia especialmente con el texto de Stefano Maria Ciconnetti, La Revisione della costituzione, Padova, Cedam, 1972. Dentro de la doctrina colombiana explica la diferenciación Gonzalo Ramírez en sus textos, Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, y Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. A nivel jurisprudencial en Colombia, se puede encontrar como antecedente las sentencias de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 5 de mayo de 1978, Sentencia del 9 de junio de 1987 y Sentencia del 9 de octubre de 1990 y las Sentencias de la Corte Constitucional: C-544 de 1992 y C-339 de 1998. Dentro de la jurisprudencia constitucional comparada se puede citar sentencias de la Corte Suprema de India caso Kesavananda Bharati vs. State Keral, A.I.R. 1973 S.C. 1461, Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain., A.I.R. 1975 S.C. 2299. Sobre el tema del control de constitucionalidad de reformas constitucionales en países que carecen de cláusulas pétreas se puede consultar el texto de Roberto Rodríguez Gaona, El control de constitucionalidad de la reforma a la Constitución, Madrid, Dykinson, 2007. También se puede estudiar la diferenciación a través del tratamiento jurisprudencial que se ha dado en países como la India, Alemania, Suráfrica,

Italia, Bosnia – Herzegovina, Turquía y Francia en el texto publicado por el Consejo Constitucional francés titulado “Le controle de constitutionnalité des lois constitutionnelles”, en: Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, No 27, Paris, Dalloz, 2009.

122 Los requisitos formales del Acto Legislativo están contemplados principalmente en el artículo 375 de la C.P, que establece que, “Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente. El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero”. Sin embargo se debe tener en cuenta como parámetro de constitucionalidad para el control de las reformas a la Constitución la Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso, y la Ley 134 de 1994, cuando se trata de reformas constitucionales por iniciativa ciudadana.

123 Se contemplan en el Título XIII la reforma por referendo constitucional del artículo 378 de la C.P. y la reforma por intermedio de la Asamblea Nacional Constituyente del artículo 376 de la C.P.

124 Sentencia C-551 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Igualmente ver sobre la competencia de la Corte para hacer el control de los Actos Legislativos por vicios de competencia o por inconstitucionalidad por sustitución, las Sentencias C- 1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004, C-816 de 2004, C-1040 de 2005 y C-588 de 2009.

125 En el caso de la Sentencia C-551 de 2003, se hacía el control de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, “Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”.

126 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

127 Sentencia C-1200 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil. En la Sentencia C-555 de 2008 (M.P. Eduardo Mendoza Martelo) se dijo que, “La Corporación ha explicado que los límites relativos a la competencia tienen su origen en las cláusulas que

regulan los diferentes procedimientos para la reforma constitucional. Así por ejemplo, el artículo 376 superior prescribe que la ley que convoque a una asamblea constituyente para reformar la Carta, debe determinar la ‘competencia’ de ese cuerpo y fijar un periodo para que la asamblea cumpla sus funciones, luego la competencia es temporal e indica que, a partir de la elección de la asamblea, se suspende la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución, de lo cual se desprende que, mientras dura la asamblea, el Congreso carece de competencia para reformar la Carta (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-970 de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil)”.

128 “Art. 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: 3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto”.

129 La cuestión de si la falta de competencia es un vicio de forma ha tenido fluctuaciones en la jurisprudencia constitucional. En un primer momento con la Sentencia C-042 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes) se dijo que los asuntos de competencia encuadraban “dentro de los vicios formales sometidos a término de caducidad”. Sin embargo, en la Sentencia C-546 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se sostuvo que los asuntos de competencia “constituyen un vicio formal y sustancial”. Sin embargo, con la Sentencia C-551 de 2003 se retoma la tesis de que la falta de competencia del órgano reformador es un vicio de procedimiento.

130 Diario Oficial No. 47.570.

131 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Principalmente en los Fundamentos Jurídicos 29 a 40.

132 Negrilla fuera del texto. Como afirma Néstor Osuna, en la Sentencia C-551 de 2003 se dieron cuatro argumentos que utilizó la Corte para sostener la tesis de los límites competenciales del poder de reforma. En primer lugar, el argumento gramatical, según el cual reformar es diferente a eliminar, sustituir o derogar. En segundo término, el argumento del derecho comparado, en donde la Corte para afianzar su postura de la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma, analiza los ordenamientos y tratamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de la India, Francia, España, Suiza, Argentina y Venezuela, para concluir que el derecho constitucional distingue con claridad entre reforma y sustitución (consideración 35 de la C-551 de 2003). En tercer lugar, el argumento

sistemático, ya que los artículos 6º y 121 de la Constitución establecen que las autoridades sólo tiene competencias explícitas (consideraciones 36 de la Sentencia). Por último, el argumento lógico, por el cual se dice que si no se distingue entre poder de reforma y poder de sustitución, entonces no habría diferencia entre constituyente derivado y constituyente originario (consideración 37 de la jurisprudencia) (OSUNA PATIÑO, Néstor, “La sentencia del referendo: guarda de la Constitución ante el uso instrumental de la democracia”, en AA.VV. Anuario de Derecho Constitucional: análisis de jurisprudencia de la Corte constitucional, período 2002 y primer semestre 2003. Eduardo Montealegre Lynett (Coord.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 33).

133 Esta doctrina ha sido recogida del concepto de Constitución material, que se diferencia de la Constitución formal, dada entre otros autores por Carl Schmitt y Costantino Mortati. Schmitt en el Capítulo III de su Teoría de la Constitución de 1928 expone las diferencias entre destrucción de la Constitución, supresión de la Constitución y quebrantamiento de la Constitución, labores que sólo estarían en cabeza del poder constituyente (SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, Madrid, Alianza, 1996, pp. 115 a 134). Por su parte Costantino Mortati es el que acuña el término “Constitución en sentido material” (Costituzione in senso material), que se diferenciaría de la Constitución formal ya que ésta se plantea como un fin o función política de la organización estatal, que contiene los valores y fines de la fuerza o fuerzas que constituyeron dicha normatividad (MORTATI, Costantino, La Constitución en sentido material, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 129 a 130)

134 M.P. Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil.

135 El artículo 4º de dicho Acto decía que, “El Congreso de la República dispondrá hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las leyes correspondientes. Si no lo hiciere dentro de este plazo, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los Código Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía”.

136 Expone la Corte que el juicio de intangibilidad se aplica cuando existen cláusulas de intangibilidad expresas en donde se pueden dar interpretaciones expansivas o restrictivas de

parte del juez constitucional dependiendo la redacción de la cláusula. Respecto a este punto la Corte señala lo siguiente: “Los alcances de la intangibilidad establecida por el propio constituyente difieren en el derecho constitucional comparado. Dichos alcances obedecen, a varios elementos, dentro de los cuales cabe destacar brevemente tres: la definición por el propio constituyente del criterio de intangibilidad, la enunciación constitucional de las normas de intangibilidad y la interpretación expansiva o restrictiva de los textos de los cuales se deduce lo intangible por el juez constitucional, las normas intangibles cubren no solo principios básicos sino derechos específicos y aspectos puntuales de la organización y distribución del poder público y el juez constitucional interpreta de manera expansiva las normas relevantes” (Sentencia C - 1200 de 2003, fundamento jurídico 3). En el mismo apartado la Corte apunta lo siguiente “es más amplio el criterio de intangibilidad sentado en la Constitución de Portugal (‘deberá respetar’) que el fijado en las Constituciones de Brasil (‘prohibición de abolir’)”. Igualmente destaca que en la Constitución de Portugal se postula como intangibles derechos específicos, en lugar de principios básicos: “Por ejemplo, así sucede en Portugal donde la lista de intangibles es extensa y detallada, lo cual contrasta con la intangibilidad escueta y general de ‘la forma republicana de gobierno’ según las constituciones en Francia e Italia”. Finalmente subraya la jurisprudencia que el caso de las interpretaciones expansivas de principios depende del juez constitucional como por ejemplo sucede en Francia e Italia al declararse intangible “la ‘forma republicana de gobierno’, que puede ser interpretado de manera estricta interpretada tan solo como una prohibición de reinstaurar la monarquía; o si se entiende en sentido amplio hasta comprender la laicidad, la igualdad y otros principios republicanos”. Sin embargo, hay que subrayar que en esta ocasión no tuvo en cuenta la Corte, lo que ha sido la práctica jurisprudencial de las cláusulas de intangibilidad expresas. Por ejemplo en el caso de Portugal aunque se sustrae de la reforma en el artículo 288: la independencia y la unidad del Estado, la forma republicana, la separación entre Estado e Iglesia, la separación de los poderes, las autonomías locales, el pluralismo político y de partidos, el derecho de oposición, la democracia electiva y el sistema proporcional, los derechos individuales y colectivos, la propiedad colectiva y la planificación, las garantías constitucionales y el control de constitucionalidad, esto no ha impedido que una transformación sensible de orientación política haya conducido a una modificación de los criterios de limitación de la reforma fijados en 1976, por obra de leyes de reforma posteriores que en realidad revelan nuevos propósitos constituyentes (leyes 1° del 30 de septiembre de 1982 y 1° de julio de 1989) utilizando la doctrina de la “inconstitucionalidad por el desuso”



(DE VERGOTTINI, Giuseppe. Las transiciones constitucionales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 93 y DE ALMEIDA SANTOS, Antonio, “Los límites materiales de la revisión constitucional a la luz de la doctrina y del sentido común”, en REP, No 60 – 61, p. 955). Del mismo modo en Alemania la interpretación de las cláusulas de intangibilidad expresas del artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn, para alguna parte de la doctrina, solo tienen una fuerza declarativa, ya que el contenido de los límites debe ser buscado en la significación global (Gesamtzusammenhang) del texto constitucional, posición sostenida por ejemplo por Horst Ehmke en Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin, 1953.

137 Anotó la Corte que la Constitución permite expresamente en el artículo 377 de la C.P. reformas por vía de actos legislativos aprobados por el Congreso que se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, o sea en ámbitos materiales de gran significado, pero obliga a que tales reformas sean sometidas a referendo “si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integran el censo electoral”.

138 Manifiesta el accionante que: “... el Congreso de la República, no tuvo en cuenta el preámbulo de la Carta ni el artículo 3 de la misma al tramitar y expedir el acto acusado pues limitó los derechos fundamentales de los colombianos en cuanto a la posibilidad de elegir y ser elegidos; de constituir partidos, etc.”. En opinión del demandante: “el acto impugnado desconoce el ‘espíritu del Constituyente primario’ que abrió canales a la ciudadanía, para que todos los sectores del país se expresaran en el campo político (...) la institucionalización del umbral y la cifra repartidora condenan a los sectores minoritarios a desaparecer del escenario político y de participar en la competencia y conformación del poder...”.

139 En el numeral 18 de dicha Sentencia se estableció que, “Una vez revisados los argumentos de la demanda, a juicio de esta Corte, ésta no cumple con las exigencias ya mencionadas. Así, el demandante no reconstruye, ni siquiera en forma mínima, el trámite de cada uno de los temas y de los artículos que integran este cuerpo normativo, que según su parecer, vulneraron la Carta. Simplemente se limita a afirmar el incumplimiento de un listado de normas constitucionales y legales (ley 5 de 1992) sin presentar un argumento claro y conciso al respecto. La falta de especificidad en los cargos por vicios de forma impide que este Tribunal se pronuncie al respecto, pues como ya había sido anotado, la Corte no puede

ejercer un control oficioso sobre estas materias, pues ello iría en contra de las disposiciones constitucionales (art 241 C.P.). Como ya se había anotado, esta es la consecuencia obligada del carácter rogado del examen constitucional de los actos legislativos. Así, éste surge de la necesidad de una demanda ciudadana, es decir que la imposibilidad de un control automático y del hecho de que la Carta prevé un término de caducidad de un año para la presentación de estas demandas (CP art. 379). Este término evita que una reforma constitucional de este tipo pueda ser declarada inexecutable por un cargo que nunca fue formulado por ningún ciudadano dentro del tiempo indicado por la Constitución”.

140 M.P. Jaime Córdova Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.

141 La reforma constitucional fue conocida erróneamente de esta manera porque en el artículo 5º establecía que el desarrollo de dichas reformas se implementaría por medio de una ley estatutaria, producida por el Congreso, o por el Ejecutivo, si el primer órgano no la expedía en un tiempo determinado. Es decir que la reforma misma no era un Estatuto sino la ley de desarrollo.

142 Las demandas fueron presentadas por Gustavo Gallón Giraldo y otros (Expediente D-5121); Wilson Alfonso Borja Díaz (Expediente D-5122).

143 Los demandantes consideraban que se había vulnerado con esta reforma la Carta Democrática Interamericana, el Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Protocolo II de Ginebra.

145 Ya que se había utilizado el poder de las mesas directivas en el sexto debate, en donde se aprobaba el Informe de Conciliación, para cerrar el debate y aprobar con posterioridad el Acto Legislativo, con las mayorías necesarias para hacerlo, dando lugar a la configuración de un vicio de procedimiento insubsanable.

146 La Corte en aquella ocasión dijo que, “Es razonable suponer que si la demanda contra un acto legislativo ha planteado acusaciones por competencia y por trámite, entonces la Corte debería iniciar con el estudio de los cargos sobre los posibles desbordamientos de competencia del órgano de reforma, pues sólo resuelto este aspecto, podría adentrarse el juez constitucional en el estudio en los vicios de procedimiento. A pesar de que la anterior

consideración es, desde un punto de vista estrictamente lógico y metodológico, razonable, la Corte recuerda que la labor de todos los jueces, y entre ellos la del juez constitucional, no consiste en discutir problemas teóricos sino en resolver los casos que les son planteados, dentro de los plazos y condiciones que establece el ordenamiento. Por ello, en muchas situaciones, es prudente que los jueces se pronuncien únicamente sobre aquellos aspectos que sean necesarios para tomar la decisión del caso, sin entrar a analizar otros temas, sobre todo si se trata de asuntos polémicos en torno a los cuales sea difícil alcanzar un acuerdo. Este enfoque se justifica, en esos casos, en el principio de eficiencia procesal (CP art. 228), pues la labor de los jueces consiste en decidir numerosos asuntos, a veces de gran complejidad, en plazos razonables, y con información y recursos limitados, por lo que no parece razonable ni prudente que los miembros de un tribunal plural se embarquen en consideraciones teóricas difíciles, cuando éstas no sean estrictamente necesarias para decidir concretamente el asunto específico debatido, y especialmente cuando no parezca posible lograr, en un plazo prudente, un acuerdo dentro del cuerpo judicial en torno a esas consideraciones. La anterior opción metodológica, no significa que la Corte no pueda pronunciarse nunca sobre los cargos de competencia o de contenido material de una demanda, en caso de que encuentre que existe un vicio de procedimiento que es suficiente para declarar la inexecutable de la norma sometida a control. En ciertos eventos, la Corte ha entrado al examen de otros cargos por contenido material, a pesar de que la disposición acusada sería de todos modos retirada del ordenamiento, por razones procedimentales. Ese estudio de los otros cargos se justifica en esos eventos por la función de guarda de la integridad y supremacía de la Carta (C.P. art. 241)".

147 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

148 Negrilla fuera del texto. Fundamento Jurídico 3.2.2.

149 Fundamento Jurídico 4.4.

150 Fundamento Jurídico 4.3 de la Sentencia.

151 Sin embargo encontró la Corte que por la posibilidad de que se presente una asimetría en el control de constitucionalidad de las leyes estatutarias, el Gobierno debe enviar los Decretos de contenido estatutario para realizar el control integral. Sobre este punto se indicó que, "Observa la Corte, sin embargo, que la decisión del constituyente derivado de acudir a

esta alternativa de habilitación legislativa en relación con materias de ordinario sometidas a reserva de ley estatutaria, que incluyen en su tramitación el previo control de constitucionalidad, plantea un problema de asimetría en dichos cuerpos normativos, puesto que coexistirían en ellos, normas sobre las que ha operado un control integral de constitucionalidad, con otras que carecen de él y que serían por consiguiente susceptibles de ser demandadas por cualquier ciudadano. Como quiera que ello desnaturalizaría tales normas en cuanto que carecerían de un elemento central de su carácter de estatutarias, al paso que se desvertebrarían los estatutos a los cuales ellas se integran, observa la Corte que, no obstante que no hay previsión expresa sobre el particular, una interpretación integral de la Constitución impone que en tales casos, en cuanto que en ejercicio de las facultades extraordinarias se modifiquen leyes estatutarias, los respectivos decretos deben ser remitidos por el gobierno para que la Corte ejerza el control de su constitucionalidad, y que en caso de que ello no ocurra así, la Corte habrá de aprehender de oficio su conocimiento. Solo de esa manera puede preservarse la naturaleza de las leyes estatutarias como cuerpos normativos que han sido objeto de un control integral y definitivo de constitucionalidad” (Fundamento jurídico 5º de la Sentencia).

152 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

153 El párrafo establece lo siguiente, “Párrafo transitorio. El Congreso reglamentará estas materias. En lo concerniente a las elecciones departamentales y municipales, tal reglamentación deberá estar lista a más tardar tres meses antes de su realización. Si no lo hiciere, el Gobierno Nacional dictará un decreto con fuerza de ley antes del cierre de las inscripciones correspondientes”.

154 M.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas.

155 Fundamento Jurídico 7.10.2 de la Sentencia.

156 Fundamento Jurídico 7.10.3.

157 Ibíd.

158 Fundamento Jurídico 7.10.3, parte final.

159 Se dijo que, “Los elementos esenciales que definen el Estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad humana no fueron sustituidos por la reforma. El pueblo decidirá soberanamente a quién elige como Presidente, las instituciones de vigilancia y control conservan la plenitud de sus atribuciones, el sistema de frenos y contrapesos continua operando, la independencia de los órganos constitucionales sigue siendo garantizada, no se atribuyen nuevos poderes al Ejecutivo, la reforma prevé reglas para disminuir la desigualdad en la contienda electoral que será administrada por órganos que continúan siendo autónomos, y los actos que se adopten siguen sometidos al control judicial para garantizar el respeto al Estado Social de Derecho. No es suficiente una mera reminiscencia histórica, para señalar que el constituyente primario habría tenido como propósito limitar el poder del Presidente de la República y que por consiguiente no es de recibo una reforma que vaya en contravía con ese objetivo”.

160 El Parágrafo Transitorio del Artículo 4º del A.L 2 de 2004, establecía que, “El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o de marzo de 2005, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República. El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional. Si el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia” (Parte demandada en negrilla).

161 Sobre la inconstitucionalidad por sustitución de este punto del parágrafo del Acto Legislativo dijo la Corte lo siguiente: “Como se pone de presente en la demanda, tal situación afecta la supremacía de la Constitución, porque esa regulación, que de manera excepcional se confía al Consejo de Estado, no estaría sometida a control político alguno y carecería de un efectivo control de constitucionalidad. Dicho poder legislativo fue atribuido a un órgano de

la rama judicial, que no es elegido por el pueblo de manera directa o indirecta, que no es representativo de la sociedad y que habrá de expedir las normas legales sin participación de los ciudadanos obligados y afectados, sin sujetarse a un procedimiento legislativo predefinido y público, y sin control parlamentario, ni judicial de constitucionalidad, que actúen de manera oportuna antes de las elecciones de 2006. estima la Corte que el Congreso excedió su competencia como reformador de la Constitución al expedir la disposición anteriormente transcrita, por virtud de la cual se sustituye el principio de supremacía de la Constitución por el de la supremacía del legislador transitorio. Por lo tanto, sustituye un elemento esencial definitorio de la Constitución por otro integralmente diferente. El hecho de que ello suceda durante un lapso breve -el tiempo que requiera el Consejo de Estado para legislar cada vez que sea necesario para que indefectiblemente existan normas que regulen la próxima campaña presidencial- no es óbice para constatar que evidentemente durante ese lapso la Constitución dejará de ser suprema en el ámbito que el legislador decida regular y que las normas incontrolables de manera efectiva que ese legislador adopte se aplicarán a las elecciones que determinarán quien gobernará a Colombia entre 2006 y 2010”.

162 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

163 Se estableció que, “En las acciones públicas de inconstitucionalidad por vicios de forma, la competencia de la Corte Constitucional se encuentra determinada por los cargos de la demanda, por lo que advirtiéndose que en la demanda, el cargo por sustitución de la Constitución se limitó al artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2007, esta Corporación se limitará al estudio de dicho artículo”.

164 Punto 5 de la Sentencia.

165 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza

166 El Acto Legislativo 1 de 2008 decía en su integridad lo siguiente: “ARTICULO 1º. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así: Párrafo Transitorio. Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de

provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción. Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente párrafo. La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa. Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular”.

167 Sobre este punto dijo la Corte lo siguiente: “Al analizar el sujeto calificado en el caso del poder de revisión, la Corte distinguió entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado y contrapuso el ejercicio pleno del poder político de los asociados, no sometido a límites jurídicos, propio del primero, a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado de modificar una constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, como lo característico del poder constituyente derivado, para concluir que el derivado es un poder constituyente, en cuanto se ocupa de la reforma de la propia Constitución, pero que, encontrándose instituido por la Carta vigente, es un poder limitado que actúa bajo las condiciones fijadas por ella misma, condiciones que comprenden lo relativo a los procedimientos y también los asuntos de competencia del sujeto investido para adelantar la reforma, de tal manera que la Carta solamente autoriza al poder de revisión para reformar la Constitución vigente, pero no para sustituirla por otra Constitución, lo cual sólo puede ser obra del constituyente originario”.

168 Dijo la Corte sobre este punto, “La propia Corte ha reconocido que el de sustitución de la Constitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido a la Corporación sentar unas

premisas a partir de las cuales, deberá avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. Como concepto, la sustitución es un reemplazo de la Constitución en términos materiales e implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra completamente distinta, y cuando se produce la sustitución se incorpora a la Constitución un nuevo elemento que reemplaza al originalmente adoptado por el Constituyente. Para establecer si hay o no sustitución, es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional, sino para determinar si los principios anteriores y los introducidos son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles. La sustitución puede ser total cuando la Constitución como un todo, es remplazada por otra; o parcial, caso este último en el cual un eje definitorio de la identidad de la Constitución es reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente que torna imposible la armonización de la pretendida reforma con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible”.

169 Sobre este punto dijo la Corte Constitucional que, “Si bien la Corte ha precisado que un régimen constitucional se propone ‘instaurar un gobierno de leyes y no de personas, a fin de proscribir la arbitrariedad’, puntualizó que ‘es de la esencia de una regla o de una norma tener una pretensión mínima de universalidad, esto es, debe tratarse de una regulación expedida para regular un conjunto de situaciones que son iguales en sus aspectos relevantes’ y no de una regla ‘puramente ad-hoc’, es decir, ‘puramente singular’ o ‘adoptada exclusivamente para ser aplicada a unos sujetos determinados y concretos’. Ante la eventualidad de que tal situación pueda generar un quebrantamiento de la Constitución, señaló que ‘para determinar si existe o no ese quebrantamiento de la Carta, ciertos sectores de la doctrina han propuesto un ‘test de efectividad de la reforma’ que se realiza verificando si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después (...) de la reforma’, de modo tal que ‘si las normas siguen siendo las mismas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular’.

170 Sobre este punto dijo la Corte que, “...cuando temporalmente se sustrae de la regulación



del derecho a la igualdad un supuesto que antes estaba gobernado por la disposición que lo contempla, en realidad se modifica tácitamente el artículo 13 superior, como también se modifica, de la misma forma tácita, el artículo 40-7, pues, aunque de conformidad con su tenor literal, sólo exceptúa del derecho de acceso al desempeño de funciones o cargos públicos y en las condiciones que determine la ley, a 'los colombianos por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad', tendrá que admitir otra excepción consistente en que, así sea temporalmente, los colombianos que no estén en el supuesto regulado por el artículo acusado tampoco tienen garantizado ese acceso. La situación no es de poca monta ni obedece sólo a una preocupación de mera técnica, porque, a falta de la modificación expresa y que efectivamente conste en los artículos afectados, cualquier ciudadano que lea, aún con detenimiento y conocimiento jurídico, los títulos de la Constitución correspondientes a los derechos o únicamente los artículos 13 y 40-7, no podrá saber que no rigen en toda la extensión sugerida por su dicción literal, ni que su personal y legítima aspiración a ocupar un cargo público quizá no esté amparada por esos contenidos".

171 Dijo la Corte sobre este punto que, "Esta modificación tácita y peyorativa, no es, entonces, de recibo, ni puede ser patrocinada, pues, como lo señala PEREZ TREMPs, se debe evitar el riesgo inherente a reformas que se sitúan 'fuera de los pasajes constitucionales especialmente protegidos para evitar el procedimiento de reforma agravado', pese a que, desde el punto de vista material y de técnica normativa, deberían allí situarse, o el de reformas que permiten 'reinterpretar' contenidos especialmente protegidos desde pasajes que no lo están". Según el magistrado del Tribunal Constitucional de España, 'este es un viejo problema del Derecho y de la técnica normativa sólo abordable desde la categoría del 'fraude de ley', aquí 'fraude de Constitución'".

172 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

173 Sobre este punto estableció la Corte que, El poder constituyente originario tiene por objetivo el establecimiento de una Constitución, está radicado en el pueblo y comporta un ejercicio pleno del poder político, lo que explica que sus actos son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico, por lo que dichos actos escapan al control jurisdiccional. A diferencia del poder constituyente originario, el poder constituyente derivado, secundario o de reforma se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados

por la Constitución misma, de donde se desprende que se trata de un poder establecido por la Constitución y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma, de manera que, aunque es poder constituyente, se encuentra instituido por la Constitución, por lo que es derivado y limitado, así como sujeto a controles”.

174 Folio 133 de la Sentencia.

176 *Ibíd*, p. 129

177 Sobre el tema de las limitaciones del poder constituyente se puede consultar además del texto de Jon Elster reseñado en la nota 183 el libro ya referido de Marie-Françoise Rigaux, *La Theorie des limites matérielles á la exercise de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985. También el texto de Luis Requejo Páges, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, y el texto de Joel Colon- Rios titulado “The legitimacy of the judicial: Constituent Power, Democracy, and the limits of the constitutional reform” en: *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 48, 2010. También el reciente artículo de Daryl L. Levinson titulado “Parchment and Politics: the positive puzzle of constitutional commitment”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 124, No 3, January, 2011, pp. 659 – 746. En Colombia se puede consultar el artículo Iris Marín Ortiz “La norma obligatoria e inderogable de reconocer y garantizar los derechos humanos es exigible al poder constituyente”, en: *Revista de Estudios Socio Jurídicos Universidad del Rosario*, Vol 12, No 1, 2010, pp. 305 – 336 y el ya referido libro de Gonzalo Ramírez Cleves, *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. Un tema interesante resulta el del proceso constituyente de la Constitución de Sudáfrica de 1997 en donde se creó una Corte Constitucional ad hoc, que hacía un control preconstituyente de 34 principios previamente acordados y que tenían que ser tenidos en cuenta por los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente (Sobre el proceso constitucional de Sudáfrica ver el libro de Heinz Klug, *The Constitution of South Africa: a contextual analysis*, Hart, Oxford, 2010, pp. 29 y ss.)

178 Sobre las clasificaciones de los límites a la reforma constitucional existe una serie de variadas clasificaciones. Walter Jellinek en un estudio de 1931 titulado *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung* clasificaba los límites de la reforma en cuatro categorías: i. Formales y sustanciales; ii. Expresos e implícitos; iii. Absolutos y relativos, y iv. Heterónomos

y autónomos. Dentro de la segunda clasificación se refiere Jellinek a la positivización o la consagración dentro de la normatividad constitucional de las limitaciones a la reforma; de esta manera los límites expresos se refieren a aquellas restricciones a la modificación que se encuentren formulados en forma precisa en el texto constitucional, mientras que los implícitos son aquellas limitaciones que se deducen de particulares cualificaciones que acompañan a la normativa constitucional, y que se refieren a determinados elementos estructurales o esenciales que se desprenden de la interpretación de la misma norma (JELLINEK, Walter, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Berlín, 1931, citado por MORTATI, Costantino, “Costituzione”, en: *Enciclopedia del Diritto*, t. II. Milano, Giuffré, 1985). El profesor Pedro de Vega García señala que “los límites implícitos (no textuales), cuya existencia sólo puede ser deducida indirectamente, bien como consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional considerado en su conjunto, bien como un correlato de las singulares cualificaciones que se producen en determinados preceptos de la Constitución...” (DE VEGA GARCÍA, Pedro, Op. cit. p. 242).

179 Para la profesora belga Marie-Françoise Rigaux los límites inmanentes se pueden deducir de tres fuentes: 1. El derecho natural: la interpretación por la doctrina y la jurisprudencia de dicho “orden natural”, y 2. La Justicia: los imperativos dictados por la realidad social y 3. la interpretación por parte de la doctrina o la jurisprudencia de dicho “orden social” (RIGAUX, Marie-Françoise, Op. cit., p. 202).

180 Ley 796 de 2003.

181 La pregunta No 16 se titulaba “Contra el Narcotráfico y la drogadicción” y decía lo siguiente: “PARA PROTEGER LA SOCIEDAD COLOMBIANA, PARTICULARMENTE SU INFANCIA Y SU JUVENTUD, CONTRA EL USO DE COCAINA, HEROINA, MARIHUANA, BAZUCO, EXTASIS Y CUALQUIER OTRO ALUCINOGENO, ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO? Agregase al artículo 16 de la Constitución Política, un segundo inciso del siguiente texto: Para promover y proteger el efectivo desarrollo de la personalidad, la ley castigará severamente la siembra, producción, distribución, porte o venta de sustancias alucinógenas o adictivas, como la cocaína, la heroína, la marihuana, el éxtasis u otras similares, graduando las penas según las circunstancias en que se cometa la infracción. El Estado desarrollará una activa campaña de prevención contra la drogadicción, y de recuperación de los adictos, y sancionará, con penas distintas a la privación de la libertad, el consumo y porte de esos productos para uso

personal, en la medida en que resulte aconsejable para garantizar los derechos individuales y colectivos, especialmente los de los niños y adolescentes” (Negrillas fuera del texto).

182 En este caso dijo la Corte que el principio de publicidad se vio vulnerado ya que el proyecto original no incluía ningún numeral contra el narcotráfico y la drogadicción, y fue introducido durante los debates.

183 Negrillas fuera del texto.

184 Proyecto presentado por el Ministerio del Interior y de Justicia bajo el Ministerio de Carlos Holguín Sardi.

185 Contenido en el inciso segundo del artículo primero.

186 El estudio realizado en el segundo semestre de 2008, es la encuesta más grande y completa hecha en América Latina en los últimos 11 años. En él se adoptó una metodología validada por la Organización de Estados Americanos –OEA– y contó con el apoyo de las Naciones Unidas, los Estados Unidos y la CICAD/OEA. El estudio fue dado a conocer a la opinión pública nacional el 24 de febrero de 2009 por los Ministerios de Interior y de Justicia, Ministerio de Protección Social y Dirección Nacional de Estupefacientes (“Informe de Ponencia para Segundo Debate Primera Vuelta, Senado”, Gaceta del Congreso No 466, 9 de junio de 2009, p. 7). En dicho estudio se dice que el 9,1% de los colombianos encuestados, es decir 1,8 millones de habitantes afirma haber usado alguna droga ilícita al menos una vez en la vida. El 2,7% de la población colombiana encuestada, es decir: 540.000 habitantes, admite haber consumido alguna droga ilícita en el último año. las principales drogas que se consumen en nuestro país son la marihuana, la cocaína, el bazuco y el éxtasis. Se dice que comparando Colombia con el contexto Latinoamericano se puede observar que el país es considerado como de “consumo intermedio” con cifras similares a Bolivia, superiores a Ecuador y Perú, pero inferiores a Argentina, Chile y Uruguay. “Este indicador resulta altamente preocupante tomando en consideración que Colombia no estaba considerado como país consumidor y su tendencia actual es de “consumo creciente” (Ver “Exposición de Motivos” Proyecto de Acto Legislativo 285 Cámara, por el cual se reforma el artículo 49 de la C.P”, Gaceta del Congreso No 161, 25 de marzo de 2009).

187 Por intermedio del Ministro del Interior y de Justicia, doctor Fabio Valencia Cossio, y por

el Ministro de la Protección Social, doctor Diego Palacios.

188 Negrilla fuera del texto. “Proyecto de Acto Legislativo 285 Cámara, por el cual se reforma el artículo 49 de la C.P”, Gaceta del Congreso No 161, 25 de marzo de 2009.

189 Los proponentes hacen alusión a las principales disposiciones que regulan el consumo y porte de sustancias alucinógenas y psicotrópicas comenzando por el Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986), el Código Penal, el Decreto 1108 de 1994, el Decreto número 1943 de 1999, la Ley 745 de 2002 y la Ley 1153 de 2007. Al respecto de esta última hacen referencia a la sentencia C-101 de 2004 de la Corte Constitucional que declaró inexequibles algunos apartes de la Ley 1153 y que al parecer de los postulantes de la reforma: “a partir de la providencia citada de la honorable Corte Constitucional, hoy en día no existe un procedimiento aplicable a las contravenciones previstas en los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 745 de 2002, por lo que si bien no obstante existen tipificadas en nuestro ordenamiento jurídico una serie de conductas relacionadas con la sanción al consumo de sustancias estupefacientes y que generan adicción cuando la misma se realiza en presencia de menores, en establecimientos educativos o en lugares aledaños, los funcionarios judiciales carecen en la práctica de herramientas eficaces e idóneas para hacer efectivas dichas sanciones por la carencia del procedimiento para judicializar estas conductas, como en la práctica ha venido ocurriendo a partir de la expedición de la mencionada providencia.”

190 Al respecto mencionan que: “En el tema de los consumidores de estupefacientes, la Convención de Viena de 1988, asume una posición más fuerte con relación a las dos anteriores convenciones. El consumidor deja de ser un enfermo psiquiátrico, que requiere ayuda sicológica y social, para convertirse en una persona que puede ser sancionada. Es importante aclarar que se mantiene la libertad de penalizar o no el consumo; aun cuando esta actividad sea considerada un delito, los Estados miembros pueden reemplazar las acciones penales por medidas alternativas”. (Gaceta del Congreso No. 161 de 2009).

191 Ibíd. Se dice igualmente que, “No cabe duda, que un Estado debe tener la posibilidad de limitar o sancionar no sólo, como lo hacen las normas penales, el tráfico, transporte y venta, sino en especial, el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas cuando ese consumo, particularmente referido al uso personal, amenace el interés común, o atente contra los derechos del otro o aun contra sus propios derechos, como lo sería, poner en

riesgo la salud de la propia persona que incurre en el consumo de estas sustancias, siendo mandato constitucional el que la persona procure el cuidado de su propia salud y la de la comunidad.

Ahora bien, aunque el artículo 49 de la Carta Política se ocupa de consagrar la garantía a toda persona de su derecho al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, imponiendo obligaciones al Estado para su satisfacción conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, no deja de lado la responsabilidad correlativa, que a título de deber le corresponde a la persona misma, en cuanto sujeto de derechos y deberes lo es, y como miembro de la sociedad, cuando le impone procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad (...) Se advierte que la propuesta de reforma constitucional deja en manos del legislador establecer las medidas tendientes a prevenir la adicción o rehabilitar al consumidor dependiente”.

192 Al respecto señalan los Ponentes que “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. 240 de 2009).

193 En dicha Sentencia T-684 de 2002 se dice lo siguiente: “No son en sí mismas incompatibles con la Constitución, ni con el reconocimiento del pluralismo y de la autonomía y la dignidad de las personas, puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado. Estas políticas se justifican porque, en casos determinados, es legítimo que terceras personas o el propio Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de individuos, como los menores, o los transitoriamente incapaces, incluso contra su voluntad aparente, puesto que se considera que estos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio, o se encuentran en situaciones temporales de debilidad de voluntad o de incompetencia, que les impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos. (Sentencia C-309 de 1997)”

194 Se dijo en dicha Sentencia 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 (Sentencia T-684-02)”.

195 Texto Definitivo Plenaria del Proyecto de Acto Legislativo Número 285 de 2009, Cámara. Gaceta del Congreso No 313, jueves 14 de mayo de 2009, p. 6.

196 Gaceta del Congreso No 281, 6 de mayo de 2009, p. 1.

197 Se dice en el Informe de Ponencia lo siguiente: “Es preocupante que en los medios y en la opinión pública se estigmatice al Gobierno y a los parlamentarios que apoyan esta iniciativa como “PENALIZADORES” de la dosis mínima. Es preocupante porque en la realidad en ningún momento se está penalizando el consumo y porte de dosis mínima, si mucho y a lo sumo, se está prohibiendo el consumo y porte de estupefacientes. Una cosa es penalizar y otra cosa es prohibir. En Bogotá, con la expedición del Decreto número 411 de 2008, la Administración del Alcalde Samuel Moreno Rojas prohibió el porte y consumo de dosis mínima de estupefacientes en lugares públicos (plazas, parques, colegios públicos), pero en ningún caso infringir esta prohibición está penalizado. Similar posición adoptó el Gobierno Nacional con el Acto Legislativo de dosis personal, es decir la prohíbe pero no la penaliza. 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 PENALIZACION 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” (Ibíd., p. 2)

198 Ibíd.

199 Se dice en la Ponencia lo siguiente: “Uno de los principales cuestionamientos de los parlamentarios se basó en que a pesar de que en la ponencia habíamos eliminado el aspecto de los tribunales, en el fondo manteníamos la idea de la penalización del porte y consumo de estupefacientes, pues en la exposición de motivos hablábamos de que “las limitaciones a la libertad que se pudieran imponer, los sitios en donde se harían efectivas y los tribunales que las impusieran debían ser del resorte de la ley que se expidiera para el efecto”, con lo cual en el fondo estábamos hablando de penalización pero vía ley. Sobre lo anterior bástenos recordar que el mismo artículo modificado en la ponencia dice lo siguiente: “El porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas está prohibido. Con fines preventivos y rehabilitadores, la Ley establecerá medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas para quienes consuman dichas sustancias”. Como se puede apreciar, la parte que hemos subrayado pone claros límites al legislador en el sentido de que las medidas que se llegaren a imponer serán de carácter pedagógico, profiláctico y terapéutico y en ningún caso penales, es decir que sería la misma Constitución la que prohibiría imponer penas de carácter estrictamente penal o como reproche a un delito consistentes en medidas restrictivas de la



libertad. De otra parte, cuando decimos que las limitaciones a la libertad que se pudieran imponer, los sitios en donde se harían efectivas y los tribunales que las impusieran debían ser del resorte de la ley, estamos queriendo significar que eventualmente el Estado podría buscar la rehabilitación del enfermo adicto, y esta rehabilitación en un sitio adecuado para el efecto resultaría, por supuesto, una limitación a la libertad en aras de la recuperación del adicto. A más de esto, y en aras de hacer prevalecer el derecho fundamental al debido proceso, esta orden de internación en un sitio adecuado para la rehabilitación del enfermo adicto, debe ser definida claramente por el legislador e impuesta por supuesto por un tribunal creado para el efecto. Pero todo este quehacer eventual del legislador, reafirmamos, estaría limitado en la misma constitución en el sentido preventivo y rehabilitador, y las medidas no otras que aquellas de carácter pedagógico, terapéutico y profiláctico”.

200 Sobre este punto se vuelve a citar la Sentencia C-309 de 1997 sobre el uso del cinturón de seguridad en donde la Corte estableció los requisitos de las medidas de protección coactiva: “2. Las medidas de protección coactiva. En la Sentencia C-309 de 1997, la Corte Constitucional estableció los requisitos de las medidas de protección coactiva, así: (i) La existencia de un interés legítimo de la sociedad en la protección específica del interés de la persona, debido a la importancia del valor constitucional en juego, así como a la existencia de costos indirectos para la sociedad a tomar en cuenta (costos de atención de emergencias y de seguridad social en salud por ejemplo); (ii) El ámbito de protección, esto es, que las posibilidades de imposición de deberes en la esfera pública es mayor que en la esfera íntima, por cuanto, la asunción de riesgos en ámbitos públicos puede tener un efecto inductor sobre terceros, que las autoridades del Estado tienen el derecho de prevenir.; (iii) Una medida de protección coactiva no puede tener cualquier finalidad sino que debe estar orientada a proteger valores que tengan un sustento constitucional expreso, ya sea por cuanto la Carta los considera valores objetivos del ordenamiento, como sería la protección de la vida o de la salud. Con esta jurisprudencia la Corte Constitucional recordó igualmente que la Constitución no sólo reconoce como derechos de la persona la vida, la salud, la integridad física, y la educación (C. P. artículos 11, 12, 49, y 67) sino que los incorpora como valores que el ordenamiento busca proteger lo que comporta competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y correlativamente deberes para los mismos particulares” (Ibíd., p. 3).

201 Ibíd., p. 10

202 Cita de la Revista Cultura y Droga, Año 7 No 8, Manizales, Colombia, enero – diciembre 2002, citado en *Ibíd.*, p. 11.

203 *Ibíd.*

204 Gaceta del Congreso No 313, jueves 14 de mayo de 2009, p. 6.

205 Según consta en el Acta de Sesión Plenaria número 175 de mayo 12 de 2009, previo su anuncio el día 7 de mayo de 2009.

206 Esta proposición aditiva se presentó por propuesta del Representante Nicolás Uribe.

207 Se dice en el Informe sobre este punto que, “Sin embargo, las autoridades muchas veces aplacadas por la permisividad de la dosis personal a partir de la providencia citada de la honorable Corte Constitucional, y por no existir un procedimiento aplicable a las contravenciones previstas en los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 745 de 2002, por lo que si bien no obstante existen tipificadas en nuestro ordenamiento jurídico una serie de conductas relacionadas con la sanción al consumo de sustancias estupefacientes y que generan adicción cuando la misma se realiza en presencia de menores, en establecimientos educativos o en lugares aledaños, los funcionarios judiciales carecen en la práctica de herramientas eficaces e idóneas para hacer efectivas dichas sanciones por la carencia del procedimiento para judicializar estas conductas, como en la práctica ha venido ocurriendo a partir de la expedición de la mencionada providencia”. (Gaceta del Congreso No 374, miércoles 27 de mayo de 2009, p. 18).

208 *Ibíd.*

209 De los magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa en donde se dijo por ejemplo que, “la dignidad humana exige pues el respeto y promoción incondicionales de la vida corporal; por tanto, la dignidad humana se opone a esa concepción que, en aras del placer inmediato, impide la realización personal, por anular de forma irreversible tanto el entendimiento como la voluntad, es decir, torna al hombre en esclavo del vicio, como ocurre en el caso patético de la droga. No es admisible ningún atentado contra ese valor personal del hombre que es su dignidad. Todo el orden jurídico, político y económico debe permitir que cada ciudadano preserve su dignidad,

y en orden a la coherencia, debe garantizar la prevalencia de dicha dignidad, que siempre es de interés general. Quienes suscribimos este Salvamento no entendemos cómo puede considerarse que la autodestrucción del individuo, sin posibilidad de reprimir su conducta nociva y ni siquiera de rehabilitarlo, pueda tomarse como una forma de realizar el mandato constitucional de respeto a la dignidad humana, cuando es precisamente esta la primera lesionada y, peor aún, aniquilada por el estado irracional al que se ve conducido irremisiblemente el consumidor de droga” (Citado en *Ibíd.*, p. 21)

210 En el Informe se dice lo siguiente: “La farmacodependencia se ha convertido en un problema de salud pública, por ejemplo la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela 684 de 2002 reafirmó su posición de que la adicción a sustancias psicoactivas es una enfermedad y no un problema meramente policivo, este fallo exploró la atención integral en salud que encuentra su epílogo en la Sentencia T-760 de 2008. Esta sentencia de tutela es muy importante para unos 200 mil colombianos que, según la Fundación Nuevos Rumbos, tienen graves líos con drogas. En este momento, las prestadoras de salud atienden las crisis relacionadas con las adicciones y los procedimientos de urgencia. En los casos más graves el acompañamiento médico se extiende hasta por un mes. Lo que ordenó el Juez de Tutela va mucho más allá: no se trata solo de atender las situaciones críticas sino de garantizar que el adicto o su familia, en cualquier momento, puedan buscar ayuda y tener cobertura médica y psicológica. En definitiva, consideramos que las medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas para quienes consuman sustancias estupefacientes o psicotrópicas que señala el proyecto están en concordancia con los últimos fallos de los jueces de la República al amparar el derecho fundamental a la salud, nos atrevemos a concluir que los tratamientos de drogadicción son susceptibles de protección constitucional aunque no estén en el POS. Las medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas con fines preventivos y rehabilitadores que contiene el Proyecto de Acto Legislativo es la respuesta a la sociedad colombiana y en especial al adicto, ya que consideramos que la drogadicción no solo implica un problema de salud, sino que afecta el derecho fundamental a la vida digna, tanto del paciente como de sus familiares” (*Ibíd.*, p. 21 y 22).

211 Sobre el primer punto dice que es impertinente, inconveniente e inconducente, referido a la técnica de la redacción de las normas constitucionales, establecer una política de gobierno en materia de farmacodependencia en una norma constitucional sobre salud. Las políticas públicas en esta materia cambian constantemente y por ende establecerlas a nivel

constitucional como una política de gobierno que debe ser tratada legalmente, hace que la Constitución se debilite y pierda su fuerza, ya que se tendrían que llevar reformas periódicas sobre los avances que se vayan dando sobre esta materia. El Senador Cuéllar explica que. “El porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas está prohibido”, es una previsión, que si bien consulta el problema de salud de quienes consumen este tipo de sustancias, así como de quienes las portan, resulta impertinente, inconveniente e inconducente, referido a la técnica de la redacción de las normas constitucionales, por ser prohibición que tiene carácter de política de gobierno con pretensiones de que se establezca como política de Estado, pero que carece de vocación de permanencia indefinida, en tanto que aún no se ha dicho la última palabra en torno al éxito de esta forma de manejo del problema por lo cual, sigue en estudio y es susceptible de variar, en la medida en que la ciencia, -considerada desde todas las vertientes posibles: las ciencias de la salud, las ciencias exactas y las ciencias sociales-, encuentre una forma más eficaz y eficiente de superar el problema y controlar sus efectos y consecuencias” (Gaceta del Congreso, No 380, 28 de mayo de 2009, p. 3).

212 Sobre la dignidad humana cita la Sentencia de la Corte C-355 de 2006 en donde se dice que ésta es el principio fundante del ordenamiento jurídico y “constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución”. También dice que, “La Carta Política reconoce el derecho inalienable de todo ser humano a la dignidad, entendida como autonomía o posibilidad de diseñar un plan y de determinarse según sus características ‘vivir como quiera’”. (Ibíd., p. 2).

213 Sobre este punto indica que “Por vía de acto legislativo no pueden derogarse, subvertirse o sustituirse los elementos esenciales de nuestra unidad política, ello sólo es dable a través de una decisión de una Asamblea Nacional Constituyente que “refunde” al Estado y al modificar las cláusulas esenciales del “contrato fundamental”, este necesariamente devendrá en uno diferente.” (Gaceta del Congreso No. 393 de 2009. Ponencia para el primer debate de la primera vuelta ante el Senado. Senador ponente: Armando Benedetti Villaneda).

214 Dice el Senador Benedetti: “Esta reforma constitucional riñe con la Constitución Política, entendida como un texto armónico La dignidad humana implica que nuestro Estado acepte la pluralidad y diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (C. P. artículo 7°), ello está

vinculado en reconocer que existen culturas minoritarias, algunas ancestrales, en las que la utilización de ciertos alucinógenos hace parte de su cosmovisión. Un Estado que es democrático, no debe imponer, y menos desde el derecho sancionatorio, una visión cultural como la perfecta o necesaria de seguirse. Además, todos somos libres de generar nuestro propio sendero de vida mientras nuestras actuaciones no lesionen los derechos de los demás (C. P. artículo 16). Por una concepción peligrosista de la sociedad no puede obligarse a un consumidor de drogas a someterse a un tratamiento, pues, ello equivaldría a que el Estado asume que esta persona es incapaz de direccionarse y por ello impone un tratamiento. Sumado a ello, se afirma que un tratamiento obligatorio a un adicto es inane, solo su voluntad expresada permite la eficacia de los mecanismos para salir de ese infierno. Por otra parte, la doctrina constitucional acogida por este ponente, ha venido sosteniendo que por vía de acto legislativo no pueden derogarse, subvertirse o sustituirse los elementos esenciales de nuestra unidad política, ello sólo es dable a través de una decisión de una Asamblea Nacional Constituyente que “refunde” al Estado y al modificar las cláusulas esenciales del ‘contrato fundamental’, este necesariamente devendrá en uno diferente. Por ello, este proyecto de acto legislativo se torna en inconstitucional en tanto este Congreso estaría desbordando el poder de ‘reforma’ que el constituyente primario le delegó, en tanto estaría subvirtiendo la noción universal de la dignidad humana al ordenar que ciertas personas y grupos minoritarios que en uso de su capacidad de normar su vida, en unos casos, y en otros, de pertenecer a asociaciones culturales y ancestrales, les estaría vedada su existencia como tal porque a una mayoría del seno del Congreso de la República le repugna la utilización de ciertas drogas. Ello, en contravía del libre desarrollo de la personalidad del nacional colombiano” (Ibíd., p. 3 y 4).

216 En el debate el Senador Héctor Helí Rojas dijo lo siguiente: “Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Héctor Helí Rojas Jiménez: Voy a tratar de ser breve, señoras y señores senadores, para explicar una propuesta a la que se ha referido el Senador Benedetti, que en últimas fue la que se acogió en la Comisión Primera, debo decir y hay que reconocer Senador Benedetti y distinguidos senadores en general, que el Gobierno ha modificados sustancialmente su propuesta de una propuesta de penalización del consumo y de sanción con penas, pasó a una propuesta de sanción con medidas de seguridad y de esas dos propuestas hoy pasamos a algo que el señor ministro y la mayoría de la Comisión Primera respaldaron para que quede claro no habrá ni penas, ni medidas de seguridad, habrá medidas administrativas, ese es un cambio sustancial en el proyecto

únicamente medidas administrativas. Segundo, que se nos aceptó, que esas medidas administrativas consistan en tratamientos pedagógicos profilácticos y terapéuticos. Y, tercero se nos aceptó que esos tratamientos solo puedan proceder con el consentimiento informado del adicto, vamos a explicarle al adicto que está enfermo, que queremos protegerlo y que lo vamos a someter a unos tratamientos, pero que sin su consentimiento no podremos hacerlo, me parece que eso les cambia sustancialmente la cara a las propuestas que venían con anterioridad en el proyecto” (Gaceta del Congreso No 773, 25 de agosto de 2009, p. 82).

217 Gaceta del Congreso No. 446 de 2009. Informe de ponencia para el segundo debate de la primera vuelta ante el Senado.

218 Gaceta del Congreso No. 476 de 2009. Ponencia para el segundo debate de la primera vuelta ante el Senado. Senador ponente: Armando Benedetti Villaneda.

219 Publicado en las Gacetas del Congreso No 527 y 529 de 18 de junio de 2009.

220 El proyecto fue publicado en el Diario Oficial en la edición 47.411 del 15 de julio de 2009, pp. 62 a 63.

221 Gaceta del Congreso No. 782 de 2009. Informe de ponencia para el primer debate de la segunda vuelta ante la Cámara de Representantes.

222 “Informe de Ponencia para Primer Debate en la Comisión Primera de la Honorable Cámara de Representantes al Proyecto de Acto Legislativo No 285 de 2009, 020 de 2009 Senado”, Gaceta del Congreso, No 782, p. 5.

223 Gaceta del Congreso No. 966 de 2009. Ponencia para el primer debate de la segunda vuelta ante la Cámara de Representantes.

224 Proceso número 31531 de 2009.

225 En la misma Sentencia se estableció que, “el consumo de marihuana y sustancias estupefacientes genera en la persona problemas de adicción y esclavitud que lo convierten en un enfermo compulsivo (en variedad de intensidades) merecedor de recibir tratamientos médicos terapéuticos antes que un castigo, pena o reducción a un establecimiento carcelario”. Finalmente se dijo en esta Sentencia que, “no le incumbe al derecho penal este

tipo de casos pues se trata de un comportamiento que corresponde al exclusivo ámbito de su libertad, efecto con el que se hace realidad el principio de intervención mínima (...) en el ejercicio de sus personales e íntimos derechos el acusado no afectó lo ajeno, no produjo daño ni peligro de menoscabo al bien jurídico de la salud pública, es dable concluir que el comportamiento hecho no va en contra vía de la ley, en consecuencia no puede ser objeto de ninguna sanción por que al no presentarse la categoría jurídica de la antijuricidad, es imposible predicar la configuración de la conducta punible”.

226 “Ponencia para Primer Debate en Segunda Vuelta en la Comisión Primera del Proyecto de Acto Legislativo Número 285 de 2009 Cámara, 020 de 2009 Senado”, Gaceta del Congreso No 1.182 de 19 de noviembre de 2009.

227 Ibíd.

228 La doctora Celis dijo que, “la importancia del proyecto de ley como un mecanismo para luchar contra el consumo de drogas teniendo en cuenta que es un problema de salud pública. En este mismo sentido se refirió a la importancia del control de estas sustancias ya que el paciente desarrolla con el tiempo tolerancia a la misma dosis que habitualmente consume, lo que generó un deseo a ir escalando la cantidad de sustancia consumida para obtener el mismo efecto. Sin embargo, considera importante observar las apreciaciones que ha hecho la Corte Constitucional en lo referente al libre desarrollo de la personalidad y tener en cuenta las razones sociales que generan el consumo para entrar a analizar la posible sanción.” (Ibíd., p. 7).

229 En la Gaceta del Congreso No 1.211 de 27 de noviembre de 2009, pp. 5 y 6 se exponen unos cuadros y gráficos suministrados por la Sijín en donde se relaciona el aumento del microtráfico y los expendios de drogas con el aumento de la criminalidad en Bogotá.

230 CANOSA USERA, Raúl, Interpretación Constitucional y fórmula política, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 96 – 99.

231 Sobre este tipo de interpretación ver por ejemplo las Sentencias SU-047 de 1999, C-227 de 2002, C-730 de 2005, C-145 de 2010

232 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.

233Ibíd.

234Ibíd.

235Folio 112 del Expediente.

236 Folio 113 del Expediente.

237Página 253 del Expediente.

238 Página 254 del Expediente.

239 Ver pie de página 245 de esta providencia.

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

241 Ibíd. Tomo I.

242 Ibíd.

243 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, Clorazepato. Ver la lista completa 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).

244 Artículo 2º numeral 4.

245 Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, Madrid, 2001, tomo II.



246 Ver, entre otras, las sentencias T-401 de 1994, SU337 de 1999, T-850 de 2002, T-1021 de 2003, T-762 de 2004, T-1229 de 2005, T-866 de 2006, T-1019 de 2006, T-560 A de 2007, T-216 de 2008 y T-653 de 2008

247 Sentencias T-401 de 1994, T-493 de 1993, SU337 de 1999, T-823 de 2002, T-1229 de 2005, T-866 de 2006, T-1019 de 2006, T-216 de 2008 y T-653 de 2008, entre otras.

248 Sentencias C-221 de 1994, C-616 de 1997 y C-309 de 1997, entre otras

249 Sentencias SU337 de 1999, T-1021 de 2003, T-1229 de 2005, T-1019 de 2006 y T-653 de 2008, entre otras.

250 Sentencias T-866 de 2006, T-216 de 2008 y T-760 de 2008, entre otras.

251 Sentencias T-401 de 1994, SU337 de 1999 y T-866 de 2006, entre otras.

252 Por ejemplo en la Sentencia (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) se estableció que, “Ahora bien, la jurisprudencia constitucional también ha sostenido que el grado de información que debe ser suministrado por el médico y la autonomía que debe gozar el paciente para tomar la decisión médica concreta dependen de los riesgos, los beneficios y del impacto del tratamiento y que tratándose de procedimientos muy invasivos, o riesgosos para la salud y la vida, o de incertidumbre sobre la mejor opción de tratamiento o procedimiento médico para el paciente, el Estado y los equipos sanitarios deben reclamar una autonomía mayor del paciente o de sus padres o representantes y cerciorarse de la autenticidad de su opción. En tales eventos, es necesario un “consentimiento cualificado”. En cuanto a lo que debe entenderse por consentimiento cualificado, necesario en el caso de intervenciones invasivas o riesgosas, o de incertidumbre sobre la mejor opción de tratamiento o procedimiento médico para el paciente, la Corte ha hecho ver que se trata de la expresión de una voluntad libre de someterse o someter al menor o al incapaz a un procedimiento riesgoso o invasivo, o de optar por determinada alternativa o procedimiento, consentimiento obtenido en un proceso de información detallada, formalmente suministrada y sopesada, y mantenido persistentemente durante cierto tiempo. Para ello se ha hecho ver la utilidad práctica de ciertos protocolos médicos”. Igualmente sobre este punto la Corte ha establecido que, “es natural que se exijan incluso ciertas formalidades, como el consentimiento escrito, por medio de formularios especiales, y con la obligación de reiterar el

asentimiento después de que haya transcurrido un período razonable de reflexión [consentimiento persistente, reiterado o constante]. T-1019 de 2006. En el mismo sentido, las sentencias T-823 de 2002 y T-560 A de 2007, entre otras

253 Sentencia T-760 de 2008.

254 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

255 Sentencia SU337 de 1999. En el mismo sentido, sentencia T-1021 de 2003. Citada en la Sentencia

256 Ibídem. En el mismo sentido, sentencias T-1021 de 2003, T-1019 de 2006 y T-560 A de 2007, entre otras. Citado por Ibídem.

257 Ibídem. En el mismo sentido, sentencias T-401 de 1994, T-823 de 2002, T-1021 de 2003, T-762 de 2004, T-1229 de 2005, T-866 de 2006, T-1019 de 2006 y T-560 A de 2007, entre otras. Citado por Ibídem.

258 Ver, entre otras, sentencias T-684 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-696 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-591 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-002 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

259 Sentencia T-094 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao)

260 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

261 En el Plan Nacional de Salud Pública, adoptado por el Decreto 3039 de 2007, se dijo que la adicción a sustancias

262 Sobre los requisitos que deben reunir los cargos para ser aptos puede consultarse la Sentencia C-1052 de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, expuestos también en la Sentencia C-370 de 2006.

263 Sentencias C-320 de 1997, C- 1148 de 2008, C-027 de 2009, C-682 de 2009 entre otras.

265 La sentencia C-574 de 2011, de la que me aparto, destaca esta circunstancia en los

siguientes apartes, que cito para mayor claridad (subrayas fuera del texto original):

\* Los demandantes expresan que, “el Congreso de la República como poder constituido ha desbordado sus funciones y ha sustituido la Constitución mediante el quebrantamiento de la autonomía personal, un elemento esencial definitorio de la Constitución”. [...]

\* Explican que en este caso, el constituyente derivado ha sustituido la primera variante, que en esa ocasión la Corte resumió con la expresión “vivir como quiera”.

\* “la expresión acusada del Acto Legislativo No. 2 de 2009 sustituye la autonomía personal como elemento esencial definitorio de la Constitución, por lo cual debe ser declarada inexecutable”

266 Sentencia C-574 de 2011, p. 9.

267 Ver sobre este tema las aclaraciones de voto presentadas frente a las sentencias C-740 y C-986 de 2006, C-153, C-178, C-180, C-216, y C-293 de 2007 y C-141 de 2010.

268 Frente a las sentencias C-588 de 2009 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y C-303 de 2010 (M. P. Luis Ernesto Vargas Díaz).