



Honorables Magistradas y Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrada Ponente: **DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA**

Palacio de Justicia, Calle 12 N° 7-65, Bogotá D.C.

secretaria3@corteconstitucional.gov.co

La Ciudad

Demandantes: FRANCISCO JAVIER LARA SABOGAL Y ALFY SMILE ROSAS SÁNCHEZ

Referencia: Expediente **D-14829**. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 376 (parcial) de la Ley 599 de 2000, “*por la cual se expide el Código Penal*”.

Asunto: Intervención ciudadana según Decreto 2067 de 1991, art. 7°.

Los suscritos ciudadanos **JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN**, director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Sede Bogotá; y **JOSÉ CARLOS HERNANDO UBATÉ ORTEGA**, docente del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y miembro del Observatorio; actuando dentro del término ordenado en el Auto de 14 de junio de 2022 y la fijación en lista que hizo la Secretaría General de la Corte Constitucional, también, conforme al núm. 1, del art. 242 de la Constitución Política y el art. 37 del D.2067 de 1991; presentamos la siguiente intervención ciudadana respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

I. Normas legales demandadas y argumentos de los demandantes

Se demanda el art. 376 de la Ley 599 del año 2000 o Código Penal colombiano (Modificado por el art. 11, Ley 1453 de 2011). Resaltamos los apartes demandados:

LEY 599 DE 2000

(julio 24)

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Por la cual se expide el Código Penal

TÍTULO XIII.

DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

CAPÍTULO II.

DEL TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES Y OTRAS INFRACCIONES

ARTÍCULO 376. TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

<Artículo CONDICIONALMENTE exequible> <Artículo modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que sin permiso de autoridad competente, introduzca



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

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

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

<Inciso adicionado por el artículo 13 del Ley 1787 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.

Los demandantes presentan tres cargos contra del tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes -art. 376 del Código Penal colombiano-. El primer cargo consiste en una omisión legislativa relativa; el segundo es por una omisión legislativa absoluta por haber un déficit de protección constitucional a los derechos de los consumidores de estupefacientes; y, el tercer cargo es una vulneración directa a varios derechos constitucionales consagrados en la Carta de 1991.

El argumento central de la acción pública es que la Corte Constitucional despenalizó el consumo de la dosis mínima de estupefacientes mediante la Sentencia C-221 de 1994. Sin embargo, desde 1994 el legislador no ha creado un mecanismo jurídico de protección a todas las personas consumidoras de sustancias estupefacientes que eligen comprar un estupefaciente. Ello, generalmente, pone en peligro la seguridad personal, la salud y la vida de estos consumidores al realizar o adelantar transacciones en ambientes hostiles de delincuencia. Según los demandantes, esto viola el principio de igualdad en la medida en que, para quienes utilizan estupefacientes -en especial cannabis- con fines terapéuticos, existe la posibilidad de acceso regulado a través del Sistema de Salud, mediante prescripción médica, en tanto que para las personas que hacen uso recreativo, también admitido por el ordenamiento jurídico, el único medio de acceso se encuentra en sostener relaciones con personas que están incurriendo en conductas tipificadas como delitos.



En este contexto plantean que existe una omisión legislativa relativa pues, a partir de las sentencias C-221 de 1994 y C-491 de 2012: (i) se permite el consumo de dosis mínima, (ii) existe un mandato jurídico para proteger a los consumidores, (iii) hay una disposición del Código Penal de la que se puede predicar la omisión, el art. 376 demandado, y (iv) se presenta una diferencia de trato entre quienes consumen por razones terapéuticas y quienes lo hacen de manera recreativa, dejando estos últimos en una situación desfavorable.

Sostienen también los demandantes que han transcurrido varios años desde las sentencias C-221 de 1994 y C-491 de 2012, sin que el Estado colombiano haya establecido un mecanismo para adquirir de manera segura dichas sustancias por parte de los consumidores, a pesar de que se permite de manera legal el consumo, presentándose diferencia de trato de quienes consumen por razones terapéuticas y de quienes lo hacen con fines recreativos.

II. Planteamiento del problema y pregunta problema

La Corte Constitucional en el año 1994 con la sentencia C-221 despenalizó el consumo y porte de dosis mínima de estupefacientes al considerar que ella se encuentra protegida bajo el derecho a la libre determinación, el valor de la dignidad humana y a la autonomía personal para elegir su propio destino. Uno de sus límites es que estas conductas interfieran en la órbita de la libertad de los demás y siempre que haya intereses ajenos jurídicamente protegidos y reprochables desde el ámbito penal. Por ello, la demanda nos genera la siguiente duda y es si: ¿el art. 376 del Código Penal colombiano produce déficit de protección para las personas que consumen, de manera funcional, la dosis mínima de estupefacientes?

III. Consideraciones del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre

A. Al primer cargo

Este Observatorio considera procedente que se declare la omisión legislativa relativa que solicitan los demandantes.

La Corte Constitucional establece que las omisiones legislativas relativas traen consigo actos de discriminación y vulneración al derecho a la igualdad por existencia de déficit de protección en la política pública. Para ello, es necesario que, ante la omisión del legislador, la Corte exhorte o sustituya, en ciertos eventos, el déficit de protección que no reguló la ley. De ahí que señale que son cinco las circunstancias que deben de ocurrir para acreditar la omisión legislativa relativa:

“[...] (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii)



que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”¹.

La Corte también ha reiterado que:

“a partir del principio democrático y del análisis de las consecuencias de la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma por haber incurrido en una omisión legislativa relativa, la jurisprudencia constitucional^[38] ha admitido que la Corte es competente para incorporar un significado ajustado a los mandatos constitucionales. Este remedio se adopta a través de una sentencia integradora en la que se declara la exequibilidad condicionada del precepto acusado, en el entendido de que éste debe además comprender aquellos supuestos que fueron indebidamente excluidos por el Legislador”².

Con fundamento en las consideraciones sobre las omisiones legislativas relativas, es necesario estudiar si el art. 376 del Código Penal incurre en una de ellas.

La libre determinación y la autonomía de las personas para elegir su propio futuro y proyecto de vida son derechos fundamentales. Una de sus facetas está en el reconocimiento que el Estado colombiano hizo al despenalizar el consumo de la dosis mínima personal de estupefacientes. Desde 1994³, el porte de dosis personal y el consumo de estupefacientes son libertades individuales que nacen del ámbito personal y la íntima elección de cada persona. Sin embargo, la despenalización del consumo y del porte han abierto un nuevo escenario para estudiar esta libertad. Ella consiste en si es un derecho fundamental adquirir la dosis mínima en espacios seguros. La sentencia C-221 de 1991, ni ninguna ley actual, se han preguntado si los derechos personales y colectivos, entre ellos la seguridad personal, la salud, la integridad personal y la vida de los consumidores de dosis mínima se ven afectados por el espacio geográfico en donde adquieren el producto.

La Corte Constitucional en sentencia T-750 de 2011 definió la seguridad personal como

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-533 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

² Corte Constitucional. Sentencia C-122 de 2020. M.P. Gloria Estela Ortiz Delgado.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.



aquellas “(...) medidas específicas de protección de parte de las autoridades, con el objetivo de prevenir la materialización de cierto tipo de riesgos extraordinarios contra su vida o integridad personal, que no tienen el deber jurídico de soportar, y que las autoridades pueden conjurar o mitigar”⁴. El derecho fundamental de la seguridad personal, individual y colectiva han sido reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificados por Colombia. Igualmente, los artículos 48 y 49 del ordenamiento constitucional colombiano señalan que, la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público obligatorio que debe prestar el Estado.

En cuanto a la seguridad personal individual o colectiva de los consumidores de la dosis mínima, ellos se ven abocados a acudir a puntos fijos o móviles para conseguir el producto, el cual puede estar en cualquier lugar de la parte rural o de la ciudad. Estos sitios no tienen una regulación territorial por parte del estado. Ello hace que su comercio pueda hacerse en cualquier sitio en donde fácilmente los consumidores pueden ser atracados, lesionados, incluso hasta perder la vida debido a que quienes venden esta clase de sustancias, en razón que, por ser actividades ilegales, se ubican en lugares despoblados, oscuros, peligrosos, donde se sienten protegidos, alejados de la legalidad y donde no puedan ser detectados, capturados ni su mercancía le sea aprehendida por las autoridades estatales.

La seguridad individual y social están plenamente relacionados con el derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida. Los consumidores de la dosis mínima no solo están en riesgo de ser asaltados, hurtadas sus pertenencias, sino que ponen en riesgo su salud pues al acudir a sitios clandestinos estos no tienen ningún protocolo de higiene que les garantice que su estupefaciente sea de calidad. Puede suceder que les vendan su dosis personal, pero con la mezcla de ingredientes diferentes a los que realmente buscan. Esta modificación puede ser hecha intencionalmente para generar una mayor adicción con drogas fuertes o de dependencia, por ejemplo, cocaína, afectándose drásticamente la salud, la integridad personal e incluso la vida al consumir dichas sustancias.

El Estado colombiano está obligado, en materia de seguridad personal y social, a crear y adoptar políticas de salud pública para la protección de los consumidores de la dosis personal de estupefacientes. Muchas de esas medidas están en la demanda y buscan crear instituciones estatales que: i) vendan y distribuyan estupefacientes legales y con la calidad propia de la sustancia que no genere mayores afectaciones de dependencia; ii) instaurar medios de control para el micro tráfico que se realice por fuera de la distribución estatal; iii) controlar las bandas criminales que expenden, no solo estos estupefacientes sino muchas otras sustancias nocivas; iv) velar por la salud de consumidores; v) evitar que los menores de edad, niña(o)s y

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-750 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



adolescentes sean blanco de organizaciones criminales o de personas en particular para inducirlos e iniciarlos en el consumo de drogas, y vi) crear órganos de inspección, vigilancia y control a estos centros de consumo.

Si el Estado crea estas instituciones y controla los distintos establecimientos de expendio reduciría significativamente el consumo en espacios territoriales en los que, en principio, el Estado y la sociedad no quieren el consumo, como: parques, zonas turísticas, estadios, colegios, universidades, conciertos, casas familiares, conjuntos residenciales y otros tantos similares utilizados por las bandas criminales para ofrecer y vender al menudeo los estupefacientes. El expendio regulado haría que el mismo malestar comunitario por el consumo de estupefacientes se reduzca. Con la institucionalización y creación de medidas para este fin, igualmente, se evita que el consumidor ponga en riesgo su vida, salud e integridad personal en razón que podrá acudir a lugares seguros y autorizados por el Estado, donde la sensación de peligro o de estar cometiendo algo inmoral a nivel social se reduciría significativamente. Además, el consumidor evita suplir su libertad de consumo al tener que tratar o comunicarse con bandas criminales o con delincuentes barriales para negociar, pagar y recibir el estupefaciente al cual tiene derecho.

En conclusión, este Observatorio considera procedente que se declare la omisión legislativa relativa que solicitan los demandantes. El Estado colombiano incurrió en una omisión legislativa relativa: omitió proteger otros derechos fundamentales de los consumidores de la dosis mínima, como la seguridad individual, y, de forma indirecta, omitió proteger a la comunidad misma pues la liberalización del consumo de dosis mínima llevó a que el expendio de sustancias prohibidas se extendiera comercialmente a zonas cercanas a las residencias de todos los ciudadanos. La manera o el medio comercial de obtener la dosis mínima afecta la situación los consumidores y de la sociedad, situación que, de acuerdo con la Constitución, se debe armonizar protegiendo la seguridad, la integridad personal, la salud y la vida⁵. La omisión legislativa relativa alegada en la demanda argumenta de forma correcta las circunstancias para que proceda su declaratoria. Por ello, la Corte tiene la posibilidad de estructurar correctamente todos beneficios y medidas de política pública a favor del consumidor de dosis mínima que el legislador, por omisión, ha restringido en situaciones que no previó en el art. 376 del Código Penal colombiano.

B. Al segundo cargo

Los demandantes solicitan, como pretensión subsidiaria, reconocer la existencia de una omisión legislativa absoluta. Ella consiste en declarar la existencia de un déficit de protección constitucional por no haberse producido una normatividad en relación con la protección de

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



los consumidores de la dosis mínima de estupefacientes. Para los demandantes, los consumidores y portadores de dosis mínima deben adquirir o comprar el producto de forma insegura sí que la ley determine las instituciones o sitios para tal efecto.

Al punto la Corte ha marcado una línea jurisprudencial advirtiendo que para declarar esta clase de omisiones no es competente, precisamente, por falta de materia sobre la cual declararla o porque sencillamente no existe tal normatividad. Sin embargo, en los últimos años, por ejemplo, en la sentencia C-577 de 2011, se ha venido armonizando algunas teorías que permiten reconocer sucesos identificables como omisiones absolutas que, conllevan a un déficit de protección constitucional por inacción del legislador al no reglamentar asuntos que tienen que ver con la protección de derechos y al no hacerlo, ponen en riesgo derechos constitucionales.

Por ello, en esta ocasión, el Observatorio considera viable que, en caso de no proceder la primera pretensión, se declare la omisión legislativa absoluta por la inexistencia de reglamentación de los centros de consumo de dosis mínima que protejan la seguridad personal de consumidores y portadores de dosis mínima.

C. Al tercer cargo

En el tercer y último cargo de la demanda se propone una vulneración directa a varios derechos constitucionales consagrados en la Constitución Política de 1991.

Hay un trato discriminatorio de las personas que hacen uso de la dosis mínima frente a otras personas como las consumidoras de tabaco o alcohol. Por ejemplo, los consumidores de alcohol o tabaco pueden acudir a un establecimiento de comercio, o cualquier otro sitio seguro, a comprar un producto que, de alguna manera, afecta su cuerpo igual que las sustancias psicoactivas. Los consumidores de bebidas alcohólicas o de tabaco, son atendidos por personas que están dentro del comercio legal y que ofrecen al comprador garantías como la seguridad del producto y la suya propia. Esto, al contrario de las personas que eligen consumir estupefacientes que, a pesar de ser un producto legal, tienen que acudir a sitios peligrosos, poniéndose en riesgo como se mencionó anteriormente, al tener que tratar con personas cuya actividad comercial está criminalizada y organizada en la clandestinidad.

La persona consumidora de estupefacientes está en riesgo por el solo hecho de comprar su producto: la calidad y falta de inspección, vigilancia y control sobre aquello que compra puede afectar su salud y su vida más allá de los efectos esperados. Ello en razón que el producto pudo haber sido alterado por parte de quien lo vende o distribuye, buscando altos grados de adicción o toxicidad y con ello aumentar y mantener mayores ganancias a costa de disminuir la calidad de vida del consumidor. Ello afecta en sí mismo el derecho a elegir



libremente consumir estupefacientes en dosis mínima en su faceta prestacional -obligación estatus positivo- a cargo del Estado que implica que aquello que consuma la persona debe ser vigilado y controlado por el Estado conforme a las reglas de eficiencia, universalidad y solidaridad del derecho a la salud.

El Estado debe velar porque el consumidor en general adquiera productos que tengan el estatus de lícitos y de buena calidad, lo que redundaría en la buena salud de sus integrantes (Artículos 48 y 49 constitucionales). Razón suficiente para decir que el Estado está obligado a vigilar, coordinar y hacer que se lleven al comercio productos que influyan en el bienestar individual, familiar y social. Por ello, y con mayor razón, se deben crear medidas e instituciones que controlen la comercialización de la dosis mínima por su alto grado de riesgo a la adicción o drogadicción, máxime cuando el Estado está obligado a la prevención y tratamiento de personas que sufran algún tipo de trastorno mental o alguna patología derivada del consumo, abuso o adicción a causa del consumo de estupefacientes, debiendo ser atendida y tratada por el Sistema de salud estatal⁶.

La dosis mínima es un producto lícito que se puede comercializar, pero, por otro lado, su distribución, venta y entrega se hacen sin ningún protocolo o seguridad y fuera de la órbita legal. El mercado de estupefacientes no está regulado. Este mercado se le ha entregado a personas y organizaciones criminales muy estructuradas que desempeñan una actividad ilícita. Regular el mercado del expendio de estupefacientes exige que el Estado deba crear, formular y adoptar políticas de salud que garanticen el goce y uso de sustancias psicoactivas en condiciones igualitarias y coherentes en comparación con otros tipos de sustancias. Así mismo, el Estado debe crear programas de rehabilitación para consumidores de la dosis mínima con secuelas, mediante tratamientos individuales y colectivos⁷.

Este Observatorio considera que el control estatal mediante la creación de medidas para la distribución, venta y entrega de la dosis mínima hace que se controle directamente el porte y consumo de estupefacientes. El Estado y sus instituciones deben ser conscientes que hay actividades mercantiles que tienen impacto social e implican cuidado y no por ello están exentas de control: el comercio de armas, el de bebidas alcohólicas, la industria tabacalera, de cigarrillos electrónicos y de vapeadores, el de medicamentos y fármacos o la misma industria automotriz. Todas son actividades mercantiles en las que, de alguna manera, el bien ofrecido implica un riesgo para quien lo elige libremente.

El consumidor de la dosis personal debe cumplir con la ley. Está permitido portar determinada cantidad de sustancias recreativas. Incluso, el consumidor puede portar gramajes

⁶ Ley 1566 del año 2012

⁷ Ley 1715 de 2015, art. 5°.



superiores a la cantidad permitida y no por ello ser ilegal su porte solo si demuestra que el exceso de cantidad no es para su uso personal sino para fines de comerciales. Si se comprueban los fines de tráfico ello es una causa suficiente para cruzar la otra orilla, esto es, a la criminalidad y ser eventualmente sancionado con las penas del art. 376 del Código Penal colombiano. Sin embargo, existe un claro déficit de protección en cuanto a definir ¿Qué es comercializar legal o ilegalmente un estupefaciente destinado a satisfacer el consumo de dosis mínimas?

La lectura del art. 376 del Código Penal, y de la jurisprudencia de la Corte, dejan un notorio vacío: los consumidores de estupefacientes de dosis mínima no cuentan con espacios mercantiles seguros amparados por la ley para que ellos adquieran en una transacción lícita su producto, lo consuman en paz y libres de cualquier interferencia ilegítima propias del narcotráfico o de la censura social y estatal en contra de los consumidores ocasionales y recreativos.

IV. Petición

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre, le solicita a la Honorable Corte Constitucional:

1. Declarar la existencia de una omisión legislativa relativa, y la exequibilidad condicionada del art. 376 del Código Penal colombiano, en el sentido de que las conductas subrayadas en la demanda no son susceptibles de ser castigadas penalmente.
2. Declarar una omisión legislativa absoluta, en virtud del déficit de protección que genera la norma para los usuarios recreativos de estupefacientes;
3. Declarar que esta norma viola directamente los artículos 2, 13, 49 del a Constitución Política; el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (vida, libertad y seguridad), 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (vida) y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (libertad y seguridad personales).

De los señores Magistrados, atentamente,

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN
Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

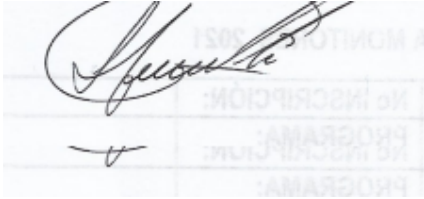


Universidad Libre
Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.

Correo: observaciudadanoderecho@unilibre.edu.co - jkbv@hotmail.com



CARLOS HERNANDO UBATÉ ORTEGA

Docente área de Derecho Penal y miembro del Observatorio

Facultad de Derecho Universidad Libre Seccional Bogotá D.C.

Correo: Carlosh-ubateo@unilibre.edu.co