



## *Senado de la República*

Bogotá D.C., septiembre 11 de 2007

Doctor  
**LUIS FERNANDO VELASCO CHÁVEZ**  
Vicepresidente  
Comisión Primera Constitucional Permanente  
**SENADO DE LA REPÚBLICA**

Respetado Señor Presidente:

En cumplimiento a la ley 5ª de 1.992, y por encargo que nos hiciera la Mesa Directiva de la Comisión Primera de esta Cámara, pasamos a rendir ponencia para primer debate al Proyecto de Acto Legislativo No. 04 de 2007 Senado *“por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”*, en los siguientes términos:

### **I. ANTECEDENTES.**

En uso de la iniciativa gubernamental de reforma constitucional señalada en el artículo 375 de la Constitución Política, el señor Ministro del Interior y Justicia, doctor Carlos Holguín Sardi, y el señor Ministro de la Protección Social, Diego Palacios Betancourt, radicaron el proyecto de Acto Legislativo No. 04 de 2007 Senado.

La presidencia de la Comisión designó como ponentes a los H. Senadores Juan Carlos Vélez Uribe (coordinador), Armando Benedetti Villaneda, Eduardo Enríquez Maya, Héctor Helí Rojas Jiménez, Javier Cáceres Leal, Parmenio Cuellar Bastidas, Oscar Darío Pérez Pineda y Samuel Arrieta Buelvas.

### **II. OBJETO DEL PROYECTO.**

El proyecto tiene como objeto modificar el artículo 49 de la Constitución Política, en los siguientes términos: “Con fines resocializadores y rehabilitadores, la ley podrá establecer sanciones no privativas de la libertad a quienes porten o consuman en lugares públicos sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso personal. Así mismo, el Estado dedicará especial atención al adicto y a la 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. En ningún caso la sanción aplicable constituirá antecedente penal”.

### **III. CONSIDERACIONES.**



## *Senado de la República*

### **Estado social de derecho y dignidad humana**

El Estado Colombiano se definió a sí mismo como Estado Social de Derecho, fundado sobre el respeto a la dignidad humana. Esta determinación del pacto constitucional consistente en que se definiera que la dignidad humana se convertía en la estructura básica sobre la que se edifica el andamiaje normativo del Estado, tiene importancia máxima en la creación y aplicación del Derecho.

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>1</sup> Sentencia T-1259 de 2005.



## *Senado de la República*

La capacidad para autodireccionar la existencia propia, en términos kantianos, para ejercer las facultades propias de la mayoría de edad, implica un deber de acompañamiento del Estado, si así lo desea el ciudadano, o *contrario sensu*, la obligación de abstenerse debe el Estado respetar el núcleo esencial decisional de los ciudadanos.

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

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

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

Tal preponderancia de los derechos de los niños sobre los demás derechos, aplicada en el caso que se examina, ha sido definida dentro de la ley 1153 de 2007, según la cual se convierte en contravención, el porte y consumo de dosis mínima de alucinógenos, en las siguientes circunstancias:

- ✓ Cuando el consumo se realiza en presencia de menores de edad.
- ✓ Cuando el consumo o porte se realiza en establecimientos educativos o en lugares aledaños a los mismos o en el domicilio de menores.
- ✓ Cuando en presencia de menores de edad se realice en lugar público o abierto al público o en establecimiento comercial de esparcimiento, se autoriza a las autoridades de Policía proceder inmediatamente a retirar del lugar de los hechos al infractor y a decomisar la sustancia alucinógena.
- ✓ Se estipula que la omisión o la tardanza en el cumplimiento de tal deber por parte de los miembros de la policía serán sancionadas con la destitución del empleo.

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

El procedimiento para resolver acerca de la responsabilidad contravencional de los inculpados es el normado por el Título III de la citada ley 1153 de 2007, es necesario avisar que es un procedimiento eminentemente oral.

### **El derecho penal como última ratio**

El derecho penal como instrumento del poder coactivo y sancionador del Estado, ha sido entendido como la *ultima ratio*, es decir, como el mecanismo protector del Derecho solo imponible en los casos en que se lesione gravemente los bienes



## *Senado de la República*

jurídicos de la mayor relevancia.

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

En efecto, las normas contentivas del Derecho Laboral, Penal, Civil, Familia, Agrario, Administrativo buscan regular las relaciones humanas de ese carácter. Teniendo un grado de imperatividad que coacciona al asociado a su cumplimiento. Dejando al Derecho Penal, solo regular los asuntos de prístina importancia.

Así es que cuando se incumple un contrato civil, se deja al Derecho Civil que a través de las reglas sustantivas y adjetivas que componen el mismo, sea posible subsanar el quebrantamiento de las cláusulas contractuales. Contrario sensu, si el incumplimiento radica en que por medio de artificios o engaños se indujo en error a alguien sobre el objeto del contrato, la materia deja de ser meramente civil y pasar a estar bajo la tutela del Derecho Penal.

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

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

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

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

- ✓ Que la conducta tipificada desconozca un derecho fundamental.
- ✓ Que la medida penal no resulte idónea para proteger bienes constitucionales.
- ✓ Que la medida es irrazonable o desproporcionada para el fin buscado.

Además, es menester traer a colación lo sustentado por el senador Jesús Ignacio García Valencia en el sentido que la conducta que se tipificaría adolecería de uno de los elementos esenciales del injusto penal, cual es la culpabilidad, toda vez que quien consume drogas no lo haría por un acto volitivo, sino presionado internamente por la adicción que le doblega su capacidad de decidir, por lo tanto,



## *Senado de la República*

sería inane este proceder del Estado.

**La autorización constitucional al legislador que se pretende en el proyecto, para establecer pena no privativa de la libertad al hecho de portar y consumir en lugares públicos sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso personal no es conveniente a la luz del texto constitucional como un texto armónico**

Como se dijo anteriormente, el legislador ordinario está limitado para tipificar conductas penales que sean irrazonables o desproporcionadas para el fin buscado.

En el texto de la exposición de motivos es observable el fin que busca el mismo, en los siguientes términos:

“Dado que en la mayoría de los casos el consumo y porte de dichas sustancias produce graves efectos, particularmente en la salud y con efectos muy dañinos cuando su consumo se hace en lugares públicos, el Gobierno considera necesario elevar a canon constitucional la facultad del legislador para establecer sanciones no privativas de la libertad a quienes incurran en dicha conducta, cuando ella resulte aconsejable para garantizar los derechos individuales y colectivos...” (Texto no original)

Se busca garantizar los derechos individuales y colectivos mediante la penalización (sin privación de la libertad) de quienes consuman o porten dosis mínima en las circunstancias anotadas, este es el fin que inspiraría la norma que expediría *a posteriori* el legislador ordinario.

Esta norma sería contraria a la dignidad humana como base fundamental del Estado Social de Derecho colombiano, así como a los derechos fundamentales a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad.

Solo es aceptable como fin el limitar estas garantías, en aras del imperio de los derechos prístinos de los menores, hecho que ya está penalizado (en grado de contravención) en la precitada ley 745 de 2002.

Por otra parte, es menester aclarar que el drogadicto no es visto ni en el sistema jurídico internacional, ni el nacional, como un delincuente *estricto sensu*. Mas bien, y como ha sido expresado por Kofi Annan, exSecretario General de las Naciones Unidas, es una víctima.

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

Si lo que se quiere es constitucionalizar una política estatal de ejecución en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de la recuperación de los adictos, cabe decir que esta norma ya existe tácitamente en el texto constitucional, pues, es esta misma norma la que coloca en cabeza de los



## *Senado de la República*

agentes del Estado la protección de los bienes fundamentales de las personas, protección que obviamente, también se dirige frente al flagelo de la droga.

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

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

Desde 2001, la producción de cocaína en Colombia ha disminuido en un 22 %, las capturas de envíos de cocaína hacia los Estados Unidos se han aumentado en las dos terceras partes, llegando a la suma de 178 toneladas métricas en 2006

El cultivo de coca se ha disminuido en un 33% de pasar de 169.800 hectáreas en 2004 a 114,100 hectáreas en 2006.

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

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

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

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

### **La represión como mecanismo de lucha contra las drogas ha mostrado fracaso en legislaciones foráneas**

La senadora Gina Parody D´echeona en el marco del debate de Proyecto de Acto Legislativo No. 22 de 2007 Senado *“por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”*, examinado en la Legislatura anterior, expresó argumentos se acogen en este Informe de Ponencia, que pasan a reseñarse.

En el debate planteado se ha dicho que los países donde más se consume drogas como España y los Estados Unidos, se ha disminuido el consumo gracias a las normas sancionatorias que tienen estos países al porte y consumo de sustancias psicoactivas.

Y aunque es verdad que son dos de los países más consumidores de drogas y que tienen las legislaciones más condenatorias al porte y consumo de drogas, también es verdad que esta legislación ya existía desde los noventa, época donde estos países y en general toda Europa sufrieron un altísimo crecimiento en el consumo de



## *Senado de la República*

todo tipo de drogas; y solamente es en los últimos años es que ha empezado a estabilizar el consumo, sin mostrar todavía una reducción significativa, por lo tanto no se puede hacer una relación directa entre la legislación y la reciente reducción del consumo de la droga.

Por el contrario, la estabilización del consumo de droga sí se puede relacionar con todas las políticas preventivas que se empezaron a ejercer desde el 2004, año desde el cual se ve una leve tendencia a la baja del consumo de todo el tipo de drogas.

### **España**

Con la ley 3 de 1996 se estableció como infracción grave el consumo ilegal o tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos. Y las sanciones por tenencia de droga van desde 300 y 30.000 euros.

Se dieron los siguientes resultados:

- El consumo de cannabis pasó del 14,5% de la población de 15 a 64 años en 1995 a 29% en el 2003
- El consumo de cocaína pasó de 3,4% en 1995 a 5,9% en 2003
- El consumo de éxtasis pasó de 2% en 1995 a 4,6% en 2003.

A pesar de lo anterior en el año 2004, ocurrieron varios cambios legales en pro de la prevención que redujeron el consumo.

- El decreto real 1774 de 2004 desarrolló provisiones legales con fines terapéutico para atender los problemas de menores que muestren adicción al alcohol, a los narcóticos y a todo tipo de sustancias psicoactivas.
- El artículo 13 del Decreto Real 1555 del 2004 establece poderes jurisdiccionales para la formulación por parte del Gobierno el Plan Nacional de Drogas, bajo la Secretaría General de Salud.
- Lo más importante que ha sido aprobado, es la segunda modificación a la ley 7 de 2004, en la cual se establece un periodo de 5 años para evaluar cada plan de prevención en cada región del país.

Sobre el área de prevención, todas las políticas de cada región tienden a centrarse en los colegios y en las familias.

- Pese a un aumento general en el Consumo de drogas en toda Europa, en España se ha estabilizado
- Mientras el consumo de cannabis de la población entre 15 y 34 años pasó del 12,5% en 1995 a 20% en el 2003, para el año 2005 se encuentra en 19%.
- Mientras el consumo de cocaína de la población entre 15 y 34 años pasó del 3,5% en 1995 a 4,8% en el 2003, se ha mantenido constante hasta el 2005.

### **Estados Unidos**

Desde la época del Presidente Regan y hasta la actualidad tanto el consumo, la producción y el tráfico están penalizados en Estados Unidos. Las sentencias varían dependiendo del Estado.



## *Senado de la República*

En Estados Unidos las cifras muestran tres cosas ciertas según el último informe del Instituto para el Análisis de la Defensa (IDA), y datos de la Casa Blanca:

- El precio de la cocaína ha bajado 36% en los últimos años
- La pureza del alcaloide ha aumentado
- Las restricciones a la entrada de este tipo de sustancias es cada vez mayor.

Los dos últimos puntos significan un mayor costo en su producción, lo cual se reflejaría en un mayor precio; pero como los datos muestran una reducción considerable del precio, la única conclusión posible es que tengan que vender mucho más cantidad en las calles, para que “el aumento de los costos” no les afecte significativamente la utilidad que obtienen los productores.

Lo anterior significa por tanto, que este aumento de la cantidad ofrecida ha encontrado un mercado disponible, en otras palabras, un aumento del consumo de cocaína.

Otro ejemplo, fue el expresado por el senador Samuel Arrieta Buelvas en la discusión del proyecto la situación que vivieron los Estados Unidos de América cuando se reformó la Constitución para prohibir el expendio de bebidas alcohólicas, lo que implicó el aumento del precio del alcohol así como mafias. El pueblo de norteamericano tuvo que abolir la reforma y legalizar nuevamente el alcohol.

Una política que vaya en función de castigar más el consumo de sustancias psicoactivas en Colombia, no solamente aumentaría más el consumo, sino también haría más lucrativo este mercado. Colombia pasó de ser un país estrictamente productor, a convertirse en un país productor y consumidor a la vez, por lo que mayores sanciones, harían más lucrativo este mercado en el país incentivando a los productores a producir una mayor cantidad de drogas, sin importar el aumento del riesgo de ser aprendidos por las autoridades, debido al nivel de desarrollo de este mercado, lo cual se vería reflejado en un aumento de drogas en las calles y por lo tanto un mayor riesgo de aumento del consumo de los jóvenes.

En cambio, se debería procurar por una política de prevención centrada en la educación sobre las drogas para jóvenes, ya que es necesario entender que es inevitable que los jóvenes tengan acceso a las drogas, y por ello debemos procurar que cuando ocurra ese momento los jóvenes tomen la mejor decisión.

### **La Teoría Económica prueba la inconveniencia del proyecto**

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

El proyecto *sub exámine* impactará en el precio de la droga, pues, al penalizarse el solo porte y uso de la dosis mínima, en lugares públicos, evidentemente se aumentará el precio pagado por los psicotrópicos debido a la evidente dificultad de su expendio.



## *Senado de la República*

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

- Elásticos. Si una pequeña variación provoca graves cambios en la cantidad demandada.
- Inelásticos. Si la demanda del objeto es poco sensible a la variación de precios.
- Elásticos Unitarios. Si varía proporcionalmente la demanda a los precios.

Los objetos por consumir tienen una naturaleza elástica, inelástica o elástica unitaria de acuerdo a diferentes factores<sup>2</sup>, enumeramos los más importantes:

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

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

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

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

Además, no existen “sustitutos” reales para ellos.

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

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

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

En los anteriores términos, solicitamos se archive el proyecto de acto legislativo No. 04 de 2007 SENADO.

---

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



*Senado de la República*

**IV. PROPOSICION**

Por lo anteriormente expuesto, solicitamos a los miembros del Senado de la República ARCHIVAR el proyecto de Acto Legislativo No. 04 de 2007 Senado “*por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política*”.

De los Honorables Congresistas,

**JUAN CARLOS VÉLEZ URIBE**  
(Coordinador)

**ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA**  
Senador

**EDUARDO ENRÍQUEZ MAYA**  
Senador

**HÉCTOR HELÍ ROJAS JIMÉNEZ**  
Senador

**JAVIER CÁCERES LEAL**  
Senador

**PARMENIO CUELLAR BASTIDAS**  
Senador

**SAMUEL ARRIETA BUELVAS**  
Senador

**OSCAR DARÍO PÉREZ PINEDA**  
Senador