

Sentencia C-404/22

Referencia: Expediente D-14829

Asunto: demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 376 (parcial) de la Ley 599 de 2000, “*por la cual se expide el Código Penal*”.

Demandantes: Francisco Javier Lara Sabogal y Alfy Smile Rosas Sánchez

Magistrada ponente:
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones Constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. Antecedentes

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, los ciudadanos Francisco Javier Lara Sabogal y Alfy Smile Rosas Sánchez demandaron el artículo 376 (parcial) de la Ley 599 de 2000, “[p]or la cual se expide el Código Penal”,¹ que establece el tipo penal de “*tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.*” El argumento central de la demanda consiste en que la Corte Constitucional despenalizó el consumo de la dosis mínima de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en la Sentencia C-221 de 1994,² pero el Legislador ha mantenido dentro del tipo penal todas aquellas conductas necesarias para acceder a las mismas. Esta situación, en criterio de los accionantes, expone a quienes tienen usos no problemáticos de estupefacientes al riesgo de ingresar a transacciones en un ambiente de delincuencia, lo cual impacta sus derechos a la seguridad personal, salud y vida.³

¹ Disposición modificada por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011.

² M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³ Una demanda similar a la que actualmente es objeto de estudio, con radicación No. 14787, fue inadmitida y, posteriormente, rechazada con ponencia del magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo. De conformidad con la información obrante en la página web de la Corporación, el escrito de corrección fue allegado por los accionantes el 19 de mayo de 2022 y, atendiendo a los términos procesales, el rechazo se efectuó mediante auto del 7 de junio de 2022. Pese a que el estudio de la corrección estaba en curso, la demanda que ahora se analiza fue radicada el 20 de mayo de 2022, por lo cual es necesario llamar la atención a los ciudadanos en el sentido de que el ejercicio de los derechos, entre ellos los políticos, debe atender igualmente a los deberes prescritos, entre otros, en el artículo 95.7 superior, según el cual es imperativo “[c]olaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia.”

2. Mediante Auto del 14 de junio de 2022 la Magistrada ponente (i) admitió la demanda y dispuso (ii) comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República,⁴ al Ministro de Justicia y del Derecho y al Director Nacional de Planeación; (ii) correr traslado a la Procuradora General de la Nación;⁵ (iii) fijar en lista la disposición acusada, con el objeto de recibir conceptos sobre la demanda de la referencia, por parte de todos y todas las interesadas;⁶ y (iv) invitar al proceso al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Fiscalía General de la Nación, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), a las universidades de Antioquia, Externado de Colombia, Industrial de Santander (UIS), Javeriana, los Andes (Centro de Estudios sobre Seguridad y Drogas, CESED), La Sabana, Libre de Colombia, Nacional de Colombia, Rosario, Sergio Arboleda; y a las siguientes instituciones y organizaciones de la sociedad civil: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), Centro de Estudios Drogas y Derecho, Elementa DDHH, proyecto Échele Cabeza y al Colegio de Abogados Penalistas de Colombia.

3. Una vez cumplidos los trámites previstos en el Artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. Norma demandada

A continuación, se transcribe la norma acusada:

“LEY 599 DE 2000
(julio 24)

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000
Por la cual se expide el Código Penal

El Congreso de Colombia
DECRETA:

(...)

TÍTULO XIII.

DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

(...)

CAPÍTULO II.

DEL TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES Y OTRAS INFRACCIONES

(...)

⁴ Atendiendo lo dispuesto en el artículo 244 de la Constitución.

⁵ Siguiendo lo previsto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución.

⁶ Conforme a lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

“ARTÍCULO 376. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. [Modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011]. 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, financie⁷ 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.

(...).”

III. La demanda

4. Los ciudadanos que promueven la presente demanda parten de advertir, por un lado, la existencia de un déficit de protección constitucional⁸ que se concreta, tras la despenalización del consumo de la dosis personal por la Sentencia C-221 de 1994,⁹ en la ausencia de regulación sobre la faceta de acceso, legal y seguro, a las diferentes sustancias, esto es, en la falta del marco regulatorio sobre la venta, ofrecimiento y adquisición de narcóticos;¹⁰ y, por otro lado, en el deber del Estado de prever y ejecutar las acciones que permitan la adquisición legal y segura de narcóticos, en garantía de los derechos a la vida, salud y seguridad personal. A partir de dichas premisas, indican que la Corte Constitucional debe como pretensión principal (*i*) declarar la existencia de una omisión legislativa relativa o, como pretensiones subsidiarias, (*ii*) declarar una omisión legislativa absoluta o déficit de protección, o (*iii*) identificar una vulneración directa a la Constitución por el desconocimiento de los artículos 2,¹¹ 13¹² y 49¹³ de la Constitución Política, así como de los artículos 3¹⁴ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 7¹⁵ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9¹⁶ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, esto es, por vulneración de los derechos a la vida, igualdad, seguridad personal y salud:

⁷ Los accionantes precisan que su demanda contra el artículo 376 (parcial) del Código Penal no cobija el verbo *financie*, en razón a que no desconocen que el Estado ha adquirido compromisos internacionales referidos a la lucha contra el tráfico internacional de estupefacientes.

⁸ Precisan los accionantes que, afirmar la existencia de dicho déficit, “*no quiere decir que se reconozca a la dosis mínima como un derecho fundamental, ya que ni la jurisprudencia constitucional, ni mucho menos la Carta del 91 han reconocido este derecho.*” Demanda, pág. 4.

⁹ M.P. Carlos Gaviria Díaz. Con la despenalización, afirman los demandantes, se concretó la faceta negativa -en garantía principal del derecho a la autodeterminación- del consumo de la dosis personal de drogas, la cual se materializa en la imposibilidad para el Estado de perseguir, juzgar y sancionar esta conducta. No obstante, la faceta prestacional -en garantía de los derechos a la vida, salud y seguridad personal- no se ha previsto, en particular, no se ha proferido el marco normativo que permita la venta, ofrecimiento y adquisición de narcóticos.

¹⁰ Demanda, pág. 4.

¹¹ En tanto el Estado está obligado a garantizar a todas las personas residentes en el país su vida y los demás derechos y libertades, así como para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales.

¹² Derecho a la igualdad.

¹³ Salud y saneamiento ambiental como servicio público a cargo del Estado y derecho.

¹⁴ Derecho a la vida, libertad y seguridad personal.

¹⁵ Derecho a la libertad y seguridad personal.

¹⁶ Derecho a la libertad y seguridad personal.

“(…) ese déficit de protección conlleva como única respuesta constitucional válida (faceta positiva) a que el Estado tenga el deber constitucional de adaptar o crear una institucionalidad encargada de la distribución en condiciones de seguridad de los productos estupefacientes (...) después de más de 28 años la inactividad de este [del Legislador] habilita a la Corte Constitucional a poner en marcha mecanismos que permitan ejercer en la calidad de venta, una actividad para los consumidores permitida y a su vez superar el déficit de protección constitucional existente desde el año 94.”

Pretensión principal: omisión legislativa relativa

5. Los demandantes solicitan que, a través de un fallo aditivo, se complemente el artículo 376 del Código Penal, en el entendido de que los verbos *“lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, no serán conductas típicas, antijurídicas y culpables cuando quien adelante esta acción sea el Estado en virtud del deber de garantizar a los consumidores que la adquisición del producto no ponga en peligro los derechos a la vida, seguridad personal y salud.”*¹⁷ A partir de la construcción jurisprudencial sobre los alcances y requisitos de este cargo,¹⁸ destacaron que, al expedirse el artículo parcialmente cuestionado, el Legislador no previó un *vehículo* para que, a través de las autoridades del Estado, se garantice la faceta positiva a que se ha hecho mención. A continuación, se sintetizan los pasos justificativos de este cargo.

6. Primero. La omisión legislativa relativa se predica del artículo 376 de la Ley 599 del año 2000, el cual, tal como lo interpretó la Sentencia C-491 de 2012,¹⁹ no penaliza el porte o conservación de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas para uso personal, pero no prevé nada sobre la venta, *legal y directa*, que debería efectuar el Estado²⁰ con el objeto de cubrir una faceta que se encuentra estrechamente ligada con la despenalización de la dosis mínima decretada en la Sentencia C-221 de 1994.²¹

7. Segundo. La configuración legislativa excluye de la *despenalización* situaciones que están intrínsecamente ligadas al consumo y porte de estupefacientes, como lo es la adquisición y venta del producto, destacando que, incluso, la mayoría de las sustancias no satisfacen la posibilidad de *autoconsumo*. Precisaron, además, que el escenario descrito ha llevado a que *“los consumidores deban exponer su vida, integridad y salud, ya que en el 100% de los casos para acceder al producto tienen que reunirse con un actor criminal para adquirir el producto.”*²²

¹⁷ Demanda, pág. 18.

¹⁸ Sentencias C-543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-351 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-133 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁰ Los demandantes citan la Sentencia No. 29183 de 2008, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se indicó que cuando el porte o conservación de estas sustancias tiene por objeto -no el consumo personal, incluso en las cantidades permitidas- la comercialización, tráfico y distribución -incluso gratuita- se penaliza bajo lo dispuesto en el artículo 376 del Código Penal.

²¹ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²² Demanda, pág. 12.

8. Tercero. Respecto a la ausencia de justificación -o principio de razón suficiente- de la omisión de regulación a cargo del Legislador en esta materia, advirtieron que no desconocen que el Congreso de la República ha previsto el acceso seguro a algunos estupefacientes, como por ejemplo al cannabis, a través de la Ley 1787 de 2016 para los casos de uso médico y científico, pero que, mientras esto ocurre, los consumidores sin orden médica deben exponer su vida e integridad física para acceder de forma clandestina a los estupefacientes, creándose una discriminación inaceptable.

9. Cuarto. La exclusión mencionada genera una desigualdad negativa, porque los consumidores *“funcionales y los que en esta acción pública de inconstitucionalidad denominamos respetuosos de la ley”* son discriminados, respecto de aquellos que sí pueden acceder a un mercado legal. Además, precisan, sobre los consumidores con usos no problemáticos recae una estigmatización intensa por parte de la sociedad. En concreto, mientras los consumidores que tienen prescripción médica no deben arriesgar su vida en transacciones económicas, quienes no la tienen y, por tanto, deben conseguirla en todos los casos a través de delincuentes, sí lo hacen; y, además, a diferencia de estos últimos, los primeros sí consiguen drogas reguladas por estándares de calidad seguros.

10. Quinto. El Legislador desconoció un deber específico y concreto de orden constitucional al excluir de la despenalización las conductas relacionadas con la venta de sustancias para el uso no problemático de drogas, tal deber lo formulan a partir de una interpretación armónica de la faceta prestacional de los derechos a la vida, a la seguridad e integridad personal, así como de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-221 de 1994.²³ En concreto, los ciudadanos advierten que el deber del Legislador para regular la venta, ofrecimiento y adquisición de narcóticos, legal y directa a través de las autoridades del Estado, se deriva *“de forma razonadamente implícita”*²⁴ del artículo 49 superior, que, en su inciso 6º, establece:

“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.”

²³ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁴ Para los accionantes, aunque podría objetarse que el deber no es explícito, debe recordarse que la Corte Constitucional ha actuado en situaciones en las que, pese a no ser plenamente asimilables a este caso, ha ejercido sus competencias de manera más amplia. Para el efecto, cita el control de constitucionalidad sobre (i) acuerdos simplificados y (ii) los decretos a través de los cuales se declara un estado de excepción, casos en los que, sin existir norma expresa han sido examinados por esta Corporación: “[c]onforme a lo expuesto puede afirmarse, que la Corte Constitucional Colombiana empleando una figura con características diferenciadas, pero a su vez comunes a la institución “competence de la competence” en ejercicio del mandato superior de ser el guardián de la constitución ha reconocido la posibilidad de hacer lectura de las disposiciones constitucionales de forma integral y sistémica, pero siempre vinculado todo ejercicio de argumentación constitucional a su deber primigenio de velar por la supremacía de los mandatos constitucionales y la protección de los derechos fundamentales de los Colombianos.” Demanda, pág. 15.

11. Aducen que los términos “pedagógico” y “terapéutico”, contenidos en la referida norma constitucional, deben interpretarse en el entendido de que *“incluyen la posibilidad de que el Estado suministre directamente y en condiciones de seguridad sustancias estupefacientes a consumidores”*, con el fin de proteger sus derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal. Esto último, en atención a los riesgos de consumir sustancias que no tienen ningún tipo de control sobre aquello que contienen.

Primera pretensión subsidiaria: omisión legislativa absoluta

12. Los accionantes solicitan *“[r]econocer la existencia de una omisión legislativa absoluta, de la cual se deriva un déficit de protección constitucional al no existir un vehículo que permita de forma legal acceder a la faceta de venta, ofrecimiento y adquisición del narcótico directamente por parte del Estado.”* En opinión de los ciudadanos, aunque este Tribunal mantuvo durante veinte años una tesis fuerte y contraria a la intervención judicial ante omisiones legislativas absolutas, en el año 2011, con la Sentencia C-577 de 2011,²⁵ tal posición se flexibilizó, al defender su competencia para conocer del déficit de protección constitucional causado por la inexistencia de regulación sobre las uniones de parejas del mismo sexo.

Segunda pretensión subsidiaria: violación directa a la Constitución

13. Los actores piden, como segunda pretensión subsidiaria, declarar la vulneración directa de la Constitución. En particular, primero, indican que se vulneran los artículos 2 de la Constitución, 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por desconocimiento del derecho a la seguridad personal, por virtud del cual nadie puede verse obligado a asumir condiciones de riesgo excepcional que pongan en peligro los derechos a la vida y a la integridad al momento de desplegar actividades cotidianas. Afirman que la norma demandada desconoce el derecho a la seguridad personal debido a que los consumidores de estupefacientes deben interactuar con delincuentes para adquirir el producto, poniendo en peligro su seguridad e integridad. Recalcan que el Estado tiene el deber de proteger a los ciudadanos contra la delincuencia *“ejecutando acciones que garanticen que bajo ninguna circunstancia una persona para adquirir un producto que es Legal o constitucional, deba tener que reunirse, interactuar o negociar con delincuentes.”*

14. De otro lado, en sentir de los accionantes, la norma demandada vulnera el derecho a la igualdad (Art. 13, CP) y el derecho a la salud (Art. 49, CP), lo cual *“se evidencia al comparar a los consumidores que cuentan con prescripción médica para adquirir los estupefacientes con aquéllos que no tienen tal prescripción.”* En efecto, mientras los primeros pueden acceder a sustancias psicoactivas que cumplen unas condiciones mínimas de calidad, pues están reguladas por el Estado, los segundos ponen en riesgo su salud al adquirir productos de manera ilegal que no cuentan con ningún control. Por lo tanto,

²⁵ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

concluyen que, “con el fin de evitar muertes por el consumo de sustancias psicoactivas rendidas o mezcladas con químicos tóxicos (no estoy desconociendo que la droga per se es toxica y peligrosa y en esa medida no hay una cantidad mínima aceptable de esta que pueda estar en el organismo) el Estado tiene el deber de garantizar la entrega controlada de sustancias estupefacientes que cumplan con unos mínimos de calidad y seguridad para los consumidores.”²⁶

IV. Síntesis de las intervenciones

15. En el término de fijación en lista se recibieron las siguientes intervenciones: (i) de una **entidad estatal**, en concreto del Ministerio de Justicia y del Derecho;²⁷ (ii) de **instituciones defensoras de derechos humanos y/o academia**, de la Universidad Externado de Colombia - Departamento de Derecho Penal y Criminología;²⁸ la Corporación Acción Técnica Social;²⁹ la Universidad Externado de Colombia - Observatorio Externadista de la Justicia Constitucional;³⁰ la Universidad Libre de Colombia;³¹ y Dejusticia.³² Por último, (iii) una intervención **ciudadana**.³³ Fuera del término de fijación en lista, se allegaron tres intervenciones.³⁴

Intervenciones en favor de la exequibilidad

16. La Nación - **Ministerio de Justicia y del Derecho**³⁵ solicitó desestimar las pretensiones de la demanda y declarar la exequibilidad de la norma demandada. Advirtió que el Estado tiene el deber de proteger bienes como la salubridad pública, la seguridad pública y el orden económico y social, por lo que “*la sanción de conductas que traspasan la esfera íntima del consumidor, como las cuestionadas en este caso, se justifica porque dichas conductas pueden afectar los derechos de terceros y/o colectivos.*”³⁶ Indicó que los demandantes pretenden que se modifique el modelo de atención y prevención de consumo de sustancias estupefacientes para que el Estado asuma el papel de proveedor de estas, lo que contradice sus obligaciones constitucionales y legales.

17. Advierte que el artículo 49 de la Constitución Política, modificado por el Acto legislativo 02 de 2009, dispone que el Estado debe brindar tratamientos pedagógicos, profilácticos o terapéuticos a las personas que consuman sustancias estupefacientes o sicotrópicas. Por su parte indica que, según la Ley 1566 de 2012, el consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas, lícitas o ilícitas, es un asunto de salud pública y bienestar de la familia, la comunidad y los individuos, que requiere atención integral por parte del Estado. A partir de estas y otras normas, el Estado colombiano ha diseñado políticas públicas

²⁶ Demanda, pág. 26.

²⁷ <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=44819>.

²⁸ <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=44809>.

²⁹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=44869>.

³⁰ <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=44886>.

³¹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=44887>.

³² <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=44889>.

³³ Julián Felipe Esguerra Cortes. <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=44885>.

³⁴ De una entidad pública, el Ministerios del Trabajo y Protección Social y tres intervenciones ciudadanas: Cielo Elaine Rusinque Urrego y otro, Julián Felipe Esguerra Corté y Luis Guillermo Pérez Casas.

³⁵ A través del director de Desarrollo del Derechos y del Ordenamiento Jurídico, Alejandro Mario de Jesús Melo Saade.

³⁶ Intervención, pág. 4.

enfocadas en la prevención del consumo de drogas y la reducción de daños cuando existen consumos problemáticos. En consecuencia, *“sería un contrasentido, como sugieren los accionantes que exista la obligación del Estado de proveer de forma segura toda clase de sustancias con mayores y menores niveles de dependencias y riesgos de salud, cuando sus metas en relación con la política sustancias se dirigen a disminuir factores de riesgo, de inicio temprano e impacto del consumo de sustancias psicoactivas, en la cantidad y los tipos de sustancias consumidas, evitando la transición hacia consumos problemáticos. No se pueden equiparar los riesgos de todas las sustancias pues la misma Convención de Naciones Unidas Contra las drogas ha hecho una clasificación y restricción atendiendo a los riesgos de salud que cada una de ellas representa.”*³⁷

18. El Ministerio argumenta que en la norma demandada no se presenta ninguna omisión legislativa. Señala que la comparación propuesta por los demandantes entre consumidores recreativos y medicinales solo tiene lugar en el caso del cannabis, pues las demás sustancias no tienen usos médicos. Además, en el caso del cannabis los accionantes desconocen que el numeral 7° del artículo, 2.8.11.1.3 del Decreto 811 de 2021 establece la siguiente definición de autocultivo: *“Pluralidad de plantas de cannabis en número no superior a veinte (20) unidades, de las que pueden extraerse estupefacientes exclusivamente para uso personal, limitándose a personas naturales.”* Por lo tanto, *“no es cierto que el único medio de acceso al cannabis para un uso diferente al médico-científico (o terapéutico) pase por contactar y relacionarse con personas que incurren en conductas tipificadas; ya que, quien lo desee, puede acceder al autocultivo de un número de plantas no superior a veinte (20).”*³⁸ Además, pueden obtener las semillas para el autocultivo con las personas naturales o jurídicas que cuenten con la respectiva licencia *“para entregar, a cualquier título, a personas naturales no licenciadas, hasta ‘un máximo de veinte semillas semestralmente para abastecer el autocultivo’, conforme lo dispuesto en los primeros numerales de los artículos 2.8.11.2.1.5, 2.8.11.2.1.6. y 2.8.11.2.1.7. del Decreto 780 de 2016, como fuera modificado por el Decreto 811 de 2021.”*

19. Ahora bien, en cuanto a las sustancias diferentes al cannabis, *“son claras las razones de orden de política pública en materia de salud siguiendo los compromisos de prevención de consumo de sustancias y reducción de daños, así como, las razones sustentadas en los compromisos internacionales de lucha contra las droga, que permiten concluir porque (sic) en el tipo penal no se puede regular formas de adquisición de dosis personal de sustancias psicoactivas y drogas sintéticas, (diferentes al cannabis), pues estas siguen siendo sustancias ilícitas, que generan diversas afectaciones a la salud y afectan intereses como la seguridad pública.”*

20. Finalmente, advierte el Ministerio que una norma penal como la demandada no tiene que incluir las formas para adquirir sustancias psicoactivas. Este es un asunto de la órbita del Legislador.

³⁷ *Ibidem*, pág. 9.

³⁸ *Ibidem*, pág. 12.

21. El Director del **Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado**³⁹ solicita a la Corte desestimar las pretensiones de la demanda. Indica que, dado que el artículo 376 del Código Penal describe las conductas objeto de reproche partiendo de la expresión: “*el que sin permiso de autoridad competente (...)*”, es claro que si se cuenta con la *autorización*, tal actuación carece de tipicidad. En esta dirección indica que, incluso de aceptarse la premisa de la que parte la demanda, según la cual el Estado debe suministrar las sustancias a las que se refiere la norma, si el Estado lo hiciera es porque tendría *autorización*, por lo cual, lo reclamado por los accionantes sería innecesario frente a la configuración misma del artículo 376 del Código Penal.

22. En su concepto, sin embargo, de lo dispuesto en el Acto legislativo 02 de 2009, modificadorio del artículo 49 de la Constitución, no puede derivarse la existencia de un deber en cabeza del Estado relativo a suministrar, a quien así lo desee, las sustancias a las que se refiere el artículo parcialmente demandado. El artículo 49 superior establece en cabeza del Estado obligaciones con fines (i) pedagógicos, (ii) profilácticos y (iii) terapéuticos sobre sustancias de uso ilícito; no obstante, frente a las dos primeras es evidente que no exigen el suministro de drogas que reclaman los accionantes, y frente a la tercera -fines terapéuticos-, “*lo usual es que la intervención médica se haga utilizando sucedáneos de la droga que le permitan a la persona reducir paulatinamente su dependencia de ella (...) el propósito es que (...) terminen con su dependencia, lo cual puede llevar a que -según disponga el personal sanitario- esas personas deban recibir ocasionalmente drogas o sucedáneos.*” Si lo anterior es así, entonces, las obligaciones del Estado que se activan en relación con quienes no tienen adicción sino que, más bien, presentan consumos ocasionales y recreativos, son de carácter pedagógico y profiláctico.

23. Por último, en concepto del interviniente, (i) aunque algunos países permitan la distribución de drogas blandas, lo cierto es que esto obedece, más a una “*determinada visión de política criminal*”, que a un deber del Estado, por lo cual, no se configura una omisión legislativa relativa; siendo impreciso, además, (ii) sostener que, cuando el Estado no reglamenta la venta de este tipo de sustancias, descuida la protección de la integridad de quienes consumen, en razón a que la elección de acceder a estas sustancias, pese a las campañas de prevención, es del consumidor, concluyéndose que tampoco se configura una omisión legislativa absoluta:

“(...) en desarrollo de la discrecionalidad con la que pueden actuar los gobiernos -dentro de los límites que la propia Constitución les impone- es factible que se pongan en marcha programas de desintoxicación para personas adictas a las drogas (como de hecho han sido diseñados en Bogotá), así como también puede resultar conveniente que se avance en la regulación de la venta de algunas drogas blandas como la marihuana. Pero el hecho de que esas políticas puedan ser opciones válidas para el manejo de la criminalidad asociada al consumo de drogas no significa no que sea la única alternativa a disposición de los gobiernos, ni que

³⁹ Yesid Reyes Alvarado.

constituye un deber del Estado el suministrar a los consumidores las drogas que ellos les soliciten para su consumo.”⁴⁰

Intervenciones en favor de la inexecutableidad

24. La representante legal de la **Corporación Acción Técnica Social**⁴¹ apoyó las pretensiones de la demanda, dado que, en su concepto, el artículo 376 del Código Penal incurre en omisión legislativa relativa al dar un trato desigual a quienes consumen sustancias psicoactivas ilegales respecto de quienes consumen sustancias psicoactivas reguladas, como el alcohol y el tabaco. Indicó que el enfoque prohibicionista de las drogas ha fracasado⁴² y que por éste se han pagado costos altos, por lo cual se debe transitar hacia un modelo de regulación, en razón a que *“abre toda una serie de oportunidades para la reducción del riesgo y la mitigación del daño. Muchas consecuencias negativas de la prohibición, como la violencia relacionada al narcotráfico o muertes por consumo de sustancias que no tienen control de calidad alguno (cargos sobre derecho a la seguridad personal y a la salud, alegados en la acción analizada, respectivamente), se podrían evitar o reducir si se adopta un enfoque basado en los desarrollos técnicos, académicos y en las mejores prácticas de los mercados regulados legalmente como el tabaco, el alcohol y los productos farmacéuticos.”*⁴³

25. Para la interviniente, algunos ejemplos de política pública dirigidos a reducir los riesgos y mitigar los daños son relevantes, como los de Portugal y Canadá, *“pero por lo pronto, se requiere que el Estado colombiano, y en este caso, su rama legislativa, garantice derechos en vez de afectarlos.”*⁴⁴ Finalmente, hizo referencia a algunas decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia relacionadas con la dosis de aprovisionamiento, en las que se ha indicado que el hecho de portar una cantidad superior a la dosis personal de alguna sustancia psicoactiva es una conducta atípica si se evidencia que su finalidad es el consumo personal y/o el aprovisionamiento, destacando que, en todo caso, es el ente acusador quien debe probar la ilicitud -ánimo de comercialización- de la conducta.⁴⁵

26. El **Observatorio Externadista de la Justicia Constitucional de la Universidad Externado de Colombia**, por intermedio de algunos de sus miembros,⁴⁶ acompañó las pretensiones de la demanda, solicitando dar el mismo trato -protección- que actualmente se brinda a los consumidores con fórmula médica, a los consumidores que la usan recreativamente. Aunado a ello,

⁴⁰ Intervención, págs. 6 y 7.

⁴¹ A través de su representante legal, Lina Vannesa Moris Silva.

⁴² Fundó esta afirmación en lo sostenido por la Comisión Global de Política de Drogas en 2018 y la Comisión de la Verdad en su Informe Final.

⁴³ Intervención, pág. 2.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Al respecto precisó: *“vale la pena resaltar el logro de la Sentencia 1861 de 2021 Magistrado Ponente Gerson Chaverra Castro, que impuso la carga de la prueba al ente acusador, este es el encargado de probar toda la estructura de la conducta punible y debe probar los elementos subjetivos, es decir, los hechos o circunstancias relacionadas al ánimo de traficar o distribuir las sustancias psicoactivas que se porten.”* Ver intervención.

⁴⁶ Jalil Alejandro Magaldi Serna, Laura Catalina Senejoa Jurado y Juan Sebastián López Oñate.

solicitó conminar a las ramas del poder legislativo y ejecutivo para que implementen normativamente la protección debida.⁴⁷

27. En primer lugar, el grupo interviniente precisó que la Corte Constitucional ha reafirmado su incompetencia para pronunciarse sobre omisiones legislativas absolutas.⁴⁸ En segundo lugar, respecto a la omisión legislativa relativa, indicó que para darle certeza al cargo debía integrarse al análisis de constitucionalidad el artículo 377 del Código Penal, que tipifica la destinación ilícita de muebles e inmuebles.⁴⁹ Los tipos previstos en las referidas disposiciones, continuó, encuentran dos excepciones, una, originada en la Sentencia C-221 de 1994,⁵⁰ y la otra, en el Acto legislativo 02 de 2009. No obstante, la configuración actual genera una discriminación en razón a que desprotege, sin justificación, a quienes tienen usos no problemáticos de estupefacientes, por lo cual, se configura la omisión indicada por los demandantes.

28. En la misma línea, señaló que en cabeza del Estado recae el deber de garantizar el goce concreto y real de los derechos que él mismo ha reconocido. Para fundar esta premisa destacó que, por virtud de los artículos 1 y 2 de la Constitución y de la construcción jurisprudencial alrededor de los mismos, se desconoce la tutela judicial efectiva de los derechos que recaen sobre el porte y consumo de la dosis mínima *“cuando no provee a la población una manera concreta y real de ejercer tales derechos”*, tal desprotección surge cuando no se puede acceder a los estupefacientes de manera legítima, supervisada o amparada por el ordenamiento jurídico. Pese a la contundencia de esta verificación, argumenta el Observatorio, es necesario tener en cuenta que el Estado colombiano ostenta compromisos internacionales y nacionales en materia de política de drogas -y lucha contra el crimen-, estos últimos ligados a la implementación del cuarto punto del Acuerdo de Paz, y que la satisfacción de algunos de ellos -compromisos internacionales- parece entrar en contradicción con la garantía de derechos fundamentales, por lo cual, se requiere un ejercicio de armonización.

29. Frente a estos compromisos, el Observatorio señaló que nacionalmente⁵¹ se han acogido recomendaciones formuladas en el contexto de la Organización de Naciones Unidas⁵² en relación con la política pública de drogas, evidenciándose un enfoque de derechos que, fundado en la dignidad humana, debe garantizar los bienes constitucionales a la vida, la salud, la libertad de pensamiento y la

⁴⁷ *“En consecuencia, de lo expuesto solicitamos a la Corte declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa ordenando una igual protección entre los consumidores con fórmula médica y aquellos que la usan recreativamente. Al mismo tiempo, ante la vulneración sistemática de los derechos solicitamos se conmine a los poderes ejecutivo y legislativo a responder normativamente en aras de la protección de las personas que ejercen estos derechos.”* Ver intervención.

⁴⁸ Sentencias C-767 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-122 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁹ Ley 599 de 2000. Artículo 377. *“DESTINACIÓN ILÍCITA DE MUEBLES O INMUEBLES. El que destine ilícitamente bien mueble o inmueble para que en él se elabore, almacene o transporte, venda o use algunas de las drogas a que se refieren los artículos 375 y 376, y/o autorice o tolere en ellos tal destinación, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. // 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.”*

⁵⁰ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵¹ Ministerio de Salud y Protección Social. Política Integral para la Prevención y Atención del Consumo de Sustancias Psicoactivas.

⁵² International guidelines on human rights and drug policy. Unaid, Who, UNDP, International Centre Human Rights and Drug Policy (2019).

seguridad de los consumidores recreativos, a través de la regulación de la “posesión y compra de sustancias estupefacientes”. Como parte de los principios del marco de política pública en salud, se prevé el principio de no discriminación, que, en opinión del Observatorio, exige extender “la protección de la que gozan los consumidores médicos a los consumidores recreativos, con base en la jurisprudencia mencionada y el artículo 49 constitucional, de acuerdo con la interpretación propuesta por el demandante.”⁵³ Finalmente, recordó que en el Acuerdo Final se previó la promoción de “una nueva visión que dé un tratamiento distinto y diferenciado al fenómeno del consumo, al problema de los cultivos de uso ilícito, y a la criminalidad organizada asociada al narcotráfico”,⁵⁴ para lo cual se establecería un Programa Nacional de Intervención de cara a la articulación de instituciones involucradas en la materia con miras a la formulación y puesta en marcha de la política frente al consumo.

30. El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, a través de algunos de sus miembros,⁵⁵ compartió las pretensiones de los demandantes. Adujo que del artículo 376 demandado se predica una omisión legislativa relativa al no proteger los derechos fundamentales -en particular a la seguridad individual- de quienes consumen “de manera funcional” la dosis mínima de estupefacientes y, de manera indirecta, al no amparar tampoco a la comunidad. Para arribar a dicha conclusión se refirió al alcance del derecho a la seguridad personal, con el objeto de indicar que, dada la ausencia de regulación sobre el acceso a la dosis personal de drogas, quienes la consumen se “ven abocados a acudir a puntos fijos o móviles para conseguir el producto... sitios [que] no tienen una regulación territorial por parte del estado” y que, por la ilegalidad en la que se encuentra esta actividad de venta “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.”⁵⁶ Agregó que a la seguridad individual se asocian otros derechos, como la salud, que están siendo afectados por la ausencia de regulación que indican los accionantes.⁵⁷ Finalmente, precisó que a esta situación se adscribe una desprotección a la comunidad, pues el expendio llega a sitios en los que ésta no desea que ello ocurra -como parques, colegios, entre otros-.

31. De no acceder a la anterior pretensión, el Observatorio acompañó la declaratoria de una omisión legislativa absoluta por el déficit de protección que se evidencia, apoyándose en que este tipo de solicitudes han sido acogidas por

⁵³ Intervención, pág. 6.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Intervención suscrita por Jorge Kenneth Burbano Villamarín -director del Observatorio- y José Carlos Hernando Ubaté Ortega -docente del Área de derecho penal de la Universidad y miembro del Observatorio-.

⁵⁶ Intervención, pág. 5.

⁵⁷ “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) controlas las bandas criminales que expenden, no solo estupefacientes sino muchas otras circunstancias nocivas; iv) velar por la salud de consumidores; v) evitar que los menores de edad, niña(o)s y adolescentes sean blanco de organizaciones criminales o de personas en particular para inducir la(o)s e iniciarla(o)s en el consumo de drogas, y vi) crear órganos de inspección, vigilancia y control a estos centros de consumo.”

la Corte Constitucional desde la Sentencia C-577 de 2011.⁵⁸ Finalmente, el interviniente argumentó que la norma demandada desconoce varios artículos constitucionales; en concreto, se discrimina a las personas que consumen sustancias estupefacientes si se les compara con otras personas, como los que consumen tabaco o alcohol, quienes puede acudir al comercio legal de estos productos. Así mismo, por esta circunstancia, se vulnera el derecho a la salud de las personas que consumen sustancias estupefacientes, ya que el producto que adquieren no tiene ningún tipo de control de calidad. Concluyen entonces que *“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.”*

Intervenciones a favor de la inhibición

32. La organización **Dejusticia**, a través de varios de sus investigadores,⁵⁹ solicitó a la Corte Constitucional (i) inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, porque la demanda no reúne los requisitos de aptitud sustantiva y, (ii) subsidiariamente, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-491 de 2012,⁶⁰ con el objeto de precisar que ninguno de los verbos rectores del artículo demandado implican una prohibición general al uso de dichas sustancias ni su penalización respecto de quienes no tienen intención de venta o distribución. Finalmente, (iii) pidió exhortar al Congreso de la República para que legisle y resuelva el déficit de protección de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la vida de las personas que usan drogas, en cuanto a *“la disponibilidad de información adecuada para estas poblaciones sobre la calidad de la sustancia y el acceso a estrategias de reducción de riesgos y daños, así como deficiencia en los servicios de atención a consumos problemáticos.”*⁶¹

33. La *demanda no es apta*. Para Dejusticia el escrito presentado por los ciudadanos no cumple, de manera general, los requisitos de certeza, pertinencia, ni especificidad; ni con los requisitos específicos para la formulación de un cargo por omisión legislativa relativa. La acusación general (i) no es cierta, porque se basa en *“suposiciones y estigmas”*, esto es, asume que todas las personas que usan drogas realizan necesariamente transacciones con un delincuente y, si es así, ponen en riesgo la vida e integridad personal, pese a lo dispuesto en el Acto legislativo 02 de 2009 y en el artículo 2, literal ñ), de la Ley 30 de 1986; (ii) no es pertinente, pues *“involucra sentencias de constitucionalidad, por lo que escapan al objeto de control de constitucionalidad general y abstracto”* y no se refiere a razones de

⁵⁸ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁹ Alejandro Jiménez Ospina, Isabel Pereira Arana, Rodrigo Uprimny Yepes, Luis Felipe Cruz Olivera, María José León Marón y Paula Andrea Nieto.

⁶⁰ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶¹ Intervención, pág. 2.

constitucionalidad sino de conveniencia; y, (iii) no es específica, porque se funda en afirmaciones genéricas.

34. Asimismo, en relación con el cargo de omisión legislativa relativa, precisó que (i) la omisión no se predica de ninguna norma específica o concreta, en la medida en que, aunque se demanda el artículo 376 del Código Penal, el cargo se fundamenta en las sentencias C-221 de 1994⁶² y C-491 de 2012⁶³ de la Corte Constitucional, la Sentencia 29183 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Ley 1787 de 2016 y al Acto legislativo 02 de 2009, en tanto, a partir de las interpretaciones de la Corte Constitucional y de las disposiciones legales existentes, encuentran que es insuficiente el manejo del consumo de drogas.⁶⁴ Los demandantes tampoco (ii) lograron acreditar la existencia de un deber constitucional, presuntamente incumplido, derivado del artículo 49, inciso 6, de la Constitución, y (iii) no justifican que el artículo 376 del Código Penal omita un ingrediente exigido por la Constitución.⁶⁵

35. *Estar a lo resuelto en la Sentencia 491 de 2012.* En caso de que la Corte analice el fondo de la demanda, Dejusticia solicitó que se reitere el condicionamiento previsto en la Sentencia C-491 de 2012,⁶⁶ dado que, en el fondo, la pretensión de los accionantes se funda en la no penalización de conductas asociadas exclusivamente al uso personal de drogas, por lo anterior, *“en vista de que en todos esos supuestos [dosis personal y aprovisionamiento] los verbos rectores mencionados se enmarcan en la esfera personal del individuo, no afectan significativamente los bienes jurídicos que protege el artículo 376 del Código Penal y ninguna de esas acciones constituye narcotráfico, en tanto están destinadas al uso personal de drogas y no a su venta o distribución.”*⁶⁷ A partir de este enfoque la organización interviniente, finalmente, llamó la atención sobre el uso de categorías estigmatizantes, lesivas del derecho a la igualdad y de la prohibición de discriminación, en razón a que los demandantes se refieren a personas funcionales y no funcionales, adictos y no adictos, respetuosos de la ley e irrespetuosos de la ley, además de afirmar que todos quienes venden drogas son delincuentes, haciendo un llamado *“a la no reproducción en el lenguaje de estigmas que han contribuido a la marginalización y discriminación de la PQUD”* [personas que usan drogas].

36. Finalmente, frente al déficit de protección de los derechos de las personas que usan drogas que alegan los demandantes, Dejusticia señaló que *“es importante contextualizar el déficit de derechos que enfrentan en general las personas que usan drogas en Colombia, las clases de uso y de PQUD [personas que usan drogas], así como las consecuencias de la ilegalidad en su salud, la disponibilidad de servicios de reducción de riesgos y daños y de tratamiento.*

⁶² M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶³ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁴ *“Por ello, el cargo se fundamenta en la imprecisión e inactividad tanto del Congreso de la República como de la Corte Constitucional, asunto que escapa las posibilidades del control de constitucionalidad en el marco de una acción pública de inconstitucionalidad y desborda la figura de la omisión legislativa relativa.”*

⁶⁵ *“(…) esta premisa [la omisión indicada en la demanda] está relacionada con la interpretación constitucional del artículo 376 del Código penal que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-491 de 2012 e incluso con las demás disposiciones del marco jurídico vigente sobre la dosis personal. Por esta razón, la omisión señalada por los demandantes no se desprende de la lectura de la norma demandada (...) y, además, se refiere a una norma jurídica completa que, empero, está relacionada con otras disposiciones normativas e interpretativas constitucionales.”*

⁶⁶ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁷ Intervención, pág. 9.

Si bien estos asuntos no hacen parte del ejercicio de control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional, sí representan falencias de relevancia constitucional que deberían ser atendidas por el Congreso de la República a través de un exhorto de este tribunal.”⁶⁸ Advierten que el enfoque prohibicionista en materia de drogas genera múltiples peligros para las personas que consumen sustancias psicoactivas. Consideran entonces que el Estado debe pasar de la prevención del consumo de drogas, a la reducción de riesgos y daños, esto es, propender por minimizar las consecuencias de salud, sociales y legales adversas asociadas al uso de sustancias estupefacientes.

37. El ciudadano **Julián Esguerra Cortés** solicita a la Corte Constitucional declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo. Estima que la demanda es inepta porque parte de dos premisas que ya fueron analizadas por esta Corte en las sentencias C-221 de 1994 y C-491 de 2012, esto es, *“los demandantes consideran la disposición demandada como inconstitucional por prohibir la llamada ‘dosis personal’ de estupefacientes y así mismo conducir a un déficit de protección iusfundamental para las personas que emplean los diferentes narcóticos penalizados en la ley colombiana, de manera recreativa.”⁶⁹*

38. Ahora bien, en caso de que la Corte emita un pronunciamiento de fondo, el interviniente considera que se deben fijar algunos parámetros para permitir la comercialización de sustancias estupefacientes: *“Deberá la Corte precisar criterios de estandarización para establecer los términos de comercialización monopolizada de estupefacientes (producción, venta y dispensación), de tal manera que la venta controlada permita un “derecho al consumo moderado y salubre”,⁷⁰ evitando generar adicción de sustancias dañinas para la salud humana, pues bajo el mismo rasero de la salubridad que debe abordarse el expendio de las sustancias, debe abordarse la preservación de la vida y de la dignidad humana como máximos valores defendidos constitucionalmente en Colombia.*

V. Concepto de la Procuradora General de la Nación

39. La Procuradora General de la Nación solicitó a la Corte Constitucional inhibirse de emitir una decisión de fondo en este caso, por ineptitud sustantiva de la demanda.

40. En particular, el Ministerio Público indicó que se incumplen los requisitos de certeza y suficiencia en razón a que los demandantes realizaron un análisis aislado y acrítico de la norma acusada. Para iniciar, recordó que la Corte Constitucional ha considerado que, especialmente, cuando se abordan cargos por presunta omisión legislativa corresponde a los accionantes evidenciar que aquello que extrañan no se encuentra regulado en otros cuerpos normativos, porque es plenamente posible y válido que el Legislador ejerza sus competencias a través de diferentes leyes. En este sentido, indicó que el acceso

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 11.

⁶⁹ Intervención, pág. 1.

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 3.

seguro a sustancias estupefacientes y sicotrópicas para su consumo sí ha ocupado la atención del Legislador en las leyes 30 de 1986 -Estatuto Nacional de Estupefacientes-, 1566 de 2012 - *“por la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas”* - y 1787 de 2016 - *“por la cual se reglamenta el Acto legislativo 02 de 2019”*, normas estas que no son tenidas en cuenta para la estructuración del cargo.

41. Aunado a ello, desconociendo el principio de unidad de materia, señaló que lo que pretenden los accionantes es que, a través de un Código Penal, se prevea una *“política pública asociada al uso de estupefacientes conforme a lo dispuesto en el Acto Legislativo 02 de 2009”*:

“En consecuencia, para la Procuraduría no parece razonable reprochar la actuación del legislador por no pronunciarse en el precepto cuestionado sobre la posibilidad de que el Estado suministre directamente y en condiciones de seguridad sustancias estupefacientes a los consumidores recreativos para proteger su derecho a la vida, salud e integridad, ya que se trata de un asunto extraño al Código Penal.”⁷¹

42. Dado lo anterior, si se pretende reprochar la ausencia de regulación por parte del Legislador debería, por ejemplo, predicarse respecto de la Ley 1787 de 2016 que reglamenta el Acto legislativo 02 de 2009. Finalmente, precisó que también se incumple con el requisito de suficiencia pues no se aportaron argumentos que generen una mínima duda de inconstitucionalidad sobre la norma parcialmente cuestionada.

VI. Intervenciones destinadas a la realización de audiencia pública

43. En el término de ejecutoria del Auto del 14 de junio de 2022, por el cual la Magistrada ponente admitió la demanda que ocupa la atención de la Sala Plena, el ciudadano Juan Carlos Lozada Vargas, Representante a la Cámara, solicitó a la Corte Constitucional convocar a audiencia pública, en atención a lo dispuesto en los artículos 12 y 13 del Decreto 2067 de 1991, y 66 y 77 del Reglamento Interno, *“considerando la complejidad del tema y la enorme relevancia e interés público que suscita la norma demandada.”* Para ello, además, precisó que, bajo su iniciativa, el Congreso de la República ha tramitado por lo menos tres propuestas de reforma constitucional para regular el uso adulto del cannabis, por lo cual, en virtud del principio de colaboración armónica, un espacio para aclarar y responder dudas sobre esta materia es imprescindible en beneficio de un diálogo en el que las posiciones de las diferentes ramas del poder público se alimenten conjuntamente, por supuesto, con participación de la ciudadanía.⁷²

44. Posteriormente, vencido el término de fijación en lista, los ciudadanos promotores de esta acción solicitaron la convocatoria de una audiencia pública. Sostuvieron que compartían los argumentos expuestos por el señor Lozada

⁷¹ Concepto, pág. 5.

⁷² <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=44100>.

Vargas y destacaron que *“teniendo en cuenta que han transcurrido más de 7 años desde la firma del acuerdo de paz, y las autoridades competentes no han variado, modificado o siquiera discutido con la ciudadanía la política frente al consumo, la realización de esta audiencia pública se ve imperiosa de cara a la discusión de la ciudadanía de un tema que impacta sus derechos (...).”*⁷³ Finalmente, la realización de esta audiencia permitiría satisfacer o aportar al deber de *“revisión y reformulación de la política pública frente al consumo de drogas.”*⁷⁴

45. Al respecto, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 13 del Decreto 2067 de 1991,⁷⁵ a solicitud de cualquier magistrado, la Sala Plena es la competente para decidir -por mayoría- la convocatoria a audiencia pública. Concordante con lo anterior, el artículo 5, literal p), del Reglamento Interno de la Corte Constitucional establece que es competencia de la Sala Plena *“[d]ecidir sobre la convocatoria a audiencias públicas y fijar su fecha, hora y lugar”*; por su parte, el artículo 67 del mismo reglamento prevé que esta competencia se ejerce teniendo en cuenta *“los antecedentes del acto objeto de juzgamiento constitucional y la importancia y complejidad de los temas.”*

46. A partir del parámetro normativo mencionado, de las razones expuestas por quienes solicitaron la convocatoria a la audiencia y del sentido de varias de las intervenciones que se allegaron al presente proceso dentro del término de ejecutoria, no se acogió la petición de convocar a audiencia pública. En este sentido, se encontró que los escritos obrantes dentro del proceso de constitucionalidad, incluyendo la demanda, brindaban los elementos necesarios y suficientes para la adopción de una decisión por parte de esta Corporación en ejercicio de sus competencias,⁷⁶ conforme a lo dispuesto en la Constitución Política.⁷⁷

VII. Consideraciones de la Corte Constitucional

1. Competencia de la Corte

47. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la disposición parcialmente demandada hace parte de una ley de la República, en este caso de la Ley 599 de 2000, Código Penal.

2. Presentación del caso y esquema de decisión

⁷³ <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=44949>.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional.

⁷⁶ Al respecto, destaca la Sala Plena que -en ejercicio de sus competencias- los elementos -fácticos y jurídicos- que sean allegados al proceso no necesariamente conducen a una decisión de fondo, sino que es posible adoptar, por ejemplo, una sentencia inhibitoria.

⁷⁷ En sentido similar ver, por ejemplo, lo resuelto por esta Corporación en la Sentencia C-159 de 2021 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), en la que se afirmó que: *“Así las cosas, considerando que, en el presente proceso, se discute un asunto de puro derecho, relativo al cotejo de la norma habilitante de las facultades extraordinarias, con el decreto expedido a su amparo, así como respecto de la constitucionalidad de facultades consideradas como reglamentarias, atribuidas a una autoridad diferente del Presidente de la República, el magistrado sustanciador no consideró necesario el decreto de tal prueba y, por lo tanto, no solicitó la convocatoria de una audiencia pública a la Sala Plena de la corporación.”*

48. La Sala Plena estudia la demanda presentada por dos ciudadanos contra el artículo 376 (parcial) del Código Penal, porque consideran que al regularse el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes el Legislador no consideró que, dado que el porte de la dosis para consumo personal de estas sustancias fue despenalizado en la Sentencia C-221 de 1994, debía satisfacer la faceta de acceso, legal y seguro, a las mismas, de modo que se garantizara la venta, ofrecimiento y distribución. En su concepto, entonces, la disposición normativa está afectada *-pretensión principal-* por una *omisión legislativa relativa*, al no excluir de la configuración del tipo penal los eventos en los que el Estado, en virtud de sus deberes constitucionales, asume el suministro de tales sustancias a los consumidores, sin poner en riesgo sus derechos a la vida, salud y seguridad privada. A partir de esta línea argumentativa, solicitan que la Corte Constitucional emita una decisión condicionada, en la que se precise tal exclusión de la configuración del tipo penal. *Subsidiariamente*, los accionantes solicitaron que se declare la existencia de una omisión legislativa absoluta, por déficit de protección, o que se declare que la vulneración directa de la Constitución, por desconocimiento de los derechos a la seguridad personal, igualdad y salud.

49. Dentro del término de fijación en lista se recibieron siete intervenciones, de las cuales: dos, las de Dejusticia y el ciudadano Julián Esguerra Cortes, se decantaron por solicitar de manera principal la inhibición de este Tribunal, por considerar que la demanda no formuló un cargo apto de constitucionalidad para promover una decisión de fondo. Esta apreciación fue compartida por el Ministerio Público en el concepto respectivo. Por su parte, dos intervenciones, las del Ministerio de Justicia y el Derecho y el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado, solicitaron declarar la exequibilidad de la disposición; mientras que las tres restantes, de la Corporación Acción Técnica Social y los observatorios de derecho constitucional de las universidades Externado de Colombia y Libre, acompañaron las pretensiones de la demanda.

50. En el marco antes referido, la Sala deberá analizar como **cuestión previa** si alguno de los cargos de la demanda es apto para efectuar un pronunciamiento de fondo, en atención principalmente a las razones que en tal sentido plantearon quienes participaron oportunamente en este trámite de constitucionalidad. A continuación, y solo en el caso de concluir que existe, por lo menos, un cargo con la aptitud suficiente para generar una decisión de fondo de esta Corporación, la Corte formulará el problema jurídico a ser analizado.

51. Ahora bien, metodológicamente y por considerarlo necesario en aras de la mayor claridad argumentativa,⁷⁸ el estudio de aptitud de la demanda partirá de establecer (i) el alcance del artículo 49 de la Constitución Política, en particular, en relación con los incisos 6º y 7º que hacen referencia a una política de salud en materia de consumo de drogas, (ii) el alcance del artículo 376 del Código Penal parcialmente demandado, y (iii) los aspectos generales de aptitud de la demanda y, en particular, del cargo por omisión legislativa relativa y, a continuación, realizará (iv) el análisis de este cargo y, de haber lugar a ello, el

⁷⁸ Un esquema similar se adoptó en la Sentencia C-356 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. Diana Fajardo Rivera.

examen sobre la procedencia de los dos cargos formulados como subsidiarios por los promotores de la acción.

3. Cuestión preliminar: estudio de aptitud de la demanda

3.1. Alcance del artículo 49 de la Constitución. Reiteración de jurisprudencia⁷⁹

52. En atención a que la demanda presentada por los ciudadanos Francisco Javier Lara Sabogal y Alfy Smile Rosas Sánchez se funda de manera importante en los incisos 6° y 7° del artículo 49 superior, es necesario referirse a la comprensión que la jurisprudencia constitucional le ha dado a los mandatos que de aquellos derivan. Para iniciar, es importante contextualizar la reforma realizada por el Congreso de la República a través del Acto legislativo 02 de 2009, por la cual se introdujeron los incisos previamente citados al texto constitucional.

53. Con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 2, literal j),⁸⁰ y 51⁸¹ de la Ley 30 de 1986, Estatuto Nacional de Estupefacientes, la Corte Constitucional declaró en la Sentencia C-221 de 1994⁸² la oposición a la Constitución y, por la tanto, la inexecutable de la penalización del porte y consumo de *narcóticos y estupefacientes*, por contrariar el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Precisó que frente a la autónoma elección del sujeto, que *por sí misma* no interfiere en los derechos de los demás,⁸³ el Estado, si lo encuentra indeseable y, en consecuencia, pretende evitar el consumo, debe promover la faceta educativa, pues el conocimiento antecede a la elección libre; pero, en ningún caso está legitimado para desconocer la dignidad -condición ética- del sujeto a través de un mecanismo sancionatorio (penal⁸⁴ o de otro tipo, como la internación forzosa en centros psiquiátricos o similares),⁸⁵ pues esto materializa una instrumentalización de la persona que es a todas luces incompatible con la Carta. En esta dirección, indicó:

⁷⁹ Este análisis tiene en cuenta, principalmente, lo sostenido en las sentencias C-574 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. SV. Mauricio González Cuervo. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Jorge Iván Palacio Palacio; y C-882 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁰ Enunciado que define la dosis para uso personal [de estupefacientes] como “*la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo. // Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. // No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquier que sea su identidad.*”

⁸¹ Que penalizaba el consumo de la dosis personal de estupefacientes: “*El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta ley, incurrirá en las siguientes sanciones: (...).*”

⁸² M.P. Carlos Gaviria Díaz. SV. José Gregorio Hernández, Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸³ En la Sentencia C-253 de 2019 (M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. Carlos Bernal Pulido. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Antonio José Lizarazo. AV. José Fernando Reyes Cuartas) la Corte Constitucional destacó que en la providencia C-221 de 1994 se defendió la tesis según la cual la amplia libertad con la que cuenta el ser humano, en tanto ser autónomo, solo puede restringirse cuando su ejercicio implica la afectación de los derechos de otras personas, “*y no con la finalidad de proteger los derechos propios*”, en tanto, no existen obligaciones -jurídicamente exigibles- para con uno mismo.

⁸⁴ “*(...) no se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa (...).*”

⁸⁵ Dado que el artículo 51 demandado preveía algunas medidas de internación en establecimiento de carácter psiquiátrico o similar, la Corte afirmó que esta medida también era inconstitucional, en tanto “*cada quien es libre de decidir si es o no el caso de recuperar su salud.*”

“El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatárle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen.

(...)

Sin compartir completamente la doctrina socrática de que el único mal que aqueja a los hombres es la ignorancia, porque cuando conocemos la verdad conocemos el bien y cuando conocemos el bien no podemos menos que seguirlo, sí es preciso admitir que el conocimiento es un presupuesto esencial de la elección libre y si la elección, cualquiera que ella sea, tiene esa connotación, no hay alternativa distinta a respetarla, siempre que satisfaga las condiciones que a través de esta sentencia varias veces se han indicado, a saber: que no resulte atentatoria de la órbita de la libertad de los demás y que, por ende, si se juzga dañina, sólo afecte a quien libremente la toma.”

54. En este análisis, además, la Corporación precisó que la despenalización declarada, en garantía de la autonomía del ser humano, era compatible con la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrita en Viena en diciembre de 1988, aprobada por la Ley 67 de 1993 y objeto de control de constitucionalidad en la Sentencia C-176 de 1994,⁸⁶ en razón a que *“dicho Instrumento Internacional establece la misma distinción mantenida en el presente fallo, entre consumo y narcotráfico, y que, con respecto al primero, deja en libertad de penalizarlo o no, a los Estados signatarios.”*

55. A partir de la adopción de la anterior sentencia se presentaron varios intentos de reforma a la Constitución Política,⁸⁷ mayoritariamente a través de proyectos de acto legislativo⁸⁸ y excepcionalmente a través de la convocatoria a un referendo constitucional,⁸⁹ dirigidos a retornar a la prohibición y sanción del porte y consumo de la dosis personal, a través de la modificación, en las propuestas iniciales, del artículo 16 superior⁹⁰ y, posteriormente, del artículo 49, el cual, finalmente y sin ánimo sancionatorio, fue reformado a través del Acto legislativo 02 de 2009⁹¹ que introdujo los siguientes incisos (6° y 7°):

“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

⁸⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁷ Para un análisis amplio ver la Sentencia C-574 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. SV. Mauricio González Cuervo. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Jorge Iván Palacio Palacio

⁸⁸ Artículo 375 de la Constitución Política.

⁸⁹ Artículo 378 de la Constitución Política. Ley 706 de 2003, artículo 16 “Contra el narcotráfico y la drogadicción”. Declarado inexecutable a través de la Sentencia C-551 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. SPV. Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁰ Dirigidas, en particular, a establecer sanciones no privativas de la libertad.

⁹¹ Esta iniciativa, según lo expuesto en la exposición de motivos, tuvo sustento en los resultados arrojados por el Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Hogares de Colombia, que se llevó a cabo en el año 2008, según el cual Colombia pasó de ser un país productor a un país consumidor. Gaceta No. 161 de 2009.

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.”

56. Esta reforma, dirigida al artículo 49 superior, tuvo un enfoque de *salud pública* y partió de considerar el uso de drogas como una enfermedad que, como tal, afecta el derecho a la salud y exige, en consecuencia, la actuación del Estado para brindar los mecanismos necesarios y suficientes para la garantía de dicho bien fundamental⁹² y, al mismo tiempo, adoptar una estrategia dirigida a combatir “*el comercio ilícito de dichas sustancias*”.⁹³ Con dicho énfasis, los incisos transcritos, primordialmente, (i) incorporaron una *prohibición*, prima facie, al porte y consumo de sustancias *estupefacientes*⁹⁴ y *psicotrópicas*,⁹⁵ (ii) con una excepción, aquella que tiene como soporte una prescripción médica. A cargo del Estado, entonces, la ley debe fijar una política pública que tenga (iii) como fines la *prevención* y la *rehabilitación*, para lo cual, (iv) se precisan medidas de tipo *pedagógico*, *profiláctico* o *terapéutico*. Finalmente, reconociendo la protección constitucional a la autonomía y, por lo tanto, a la dignidad del sujeto, se señaló que (v) para acceder a este tipo de medidas se requiere del consentimiento informado del “*adicto*.”

57. A partir de una interpretación *literal*, *sistemática* y *teleológica* de estos enunciados, la Corte Constitucional demarcó el alcance de la reforma así incorporada. En particular, en la Sentencia **C-574 de 2011**⁹⁶ adoptó una decisión inhibitoria frente a una demanda dirigida contra el enunciado “[e]l porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, acusado en su momento de sustituir la Constitución por desconocer la *autonomía*, principio ligado inescindiblemente a la dignidad de

⁹² “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.” Sentencia C-574 de 2011, ya referida. Con este enfoque, entre otras y desde el 2002, pueden consultarse las sentencias T-684 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-059 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-002 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-814 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil; y T-1116 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹³ Sentencia C-882 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹⁴ De conformidad con lo establecido en el artículo 2, literal b), de la Ley 30 de 1986, por sustancia estupefaciente se entiende: “la droga no prescrita médicamente, que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo dependencia.” De conformidad con la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de la ONU -modificada por el protocolo del año 1972, por estupefaciente se entiende “cualquiera de las sustancias de las Listas I y II, naturales o sintéticas”. Estas listas, anexas a la Convención según lo dispuesto en el literal u) del artículo 1, están en revisión de la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

⁹⁵ De conformidad con lo establecido en el artículo 2, literal d), de la Ley 30 de 1986, por sustancia psicotrópica se entiende: “la droga que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo efectos neuropsico-fisiológicos.” Según la Convención sobre sustancias psicotrópicas de 1971, por esta sustancia se entiende “cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de la Lista I, II, III o IV”, que, de acuerdo al artículo 2.4., literal a), pueden producir dependencia y “estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como efecto alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio o del comportamiento o de la percepción o del estado de ánimo.” Las listas, según el artículo 1, literal e), de dicho instrumento se anexas a la Convención y son modificadas en los términos del artículo 2.

⁹⁶ M.P. Juan Carlos Henao Pérez. SV. Mauricio González Cuervo. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Jorge Iván Palacio Palacio.

la persona humana y, por lo tanto, eje fundamental de la identidad de nuestro ordenamiento superior. La Corporación, sin embargo, afirmó que esta acusación partía de una lectura parcial del acto legislativo, dejando claro que la *prohibición* prevista carece de carácter absoluto, en tanto, “*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*”:

“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.”

58. A esta conclusión se llegó tras afirmar que, desde el punto de vista *sistemático*, la prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, ligada al sometimiento a medidas de prevención y *rehabilitación*, (i) requiere un desarrollo legal que no puede desconocer el *consentimiento* -autonomía- de la persona [hermenéutica que también se deriva de una interpretación literal de la reforma]; (ii) es expresión, por un lado, del deber de toda persona de procurar por el cuidado de su salud y el de su comunidad, y, *por el otro lado*, de las obligaciones de Estado de atender a quien así lo consienta y a su familia, desarrollando campañas permanentes de prevención y garantizando la prestación del servicio de salud, por su cuenta o de los particulares, de acuerdo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y, (iii) aunque se adscribe al derecho a la salud, debe interpretarse en el marco de un concepto más amplio de dignidad, que, además, tenga en cuenta los derechos a la autodeterminación y a la vida, la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (Arts. 44 y 45, CP), entre otros principios y derechos. Aunado a lo anterior, desde una aproximación *teleológica*, esta Corporación destacó que la reforma no introducía una penalización al porte y consumo de drogas, sino que asumía un enfoque de salud pública dirigido a luchar contra el consumo de drogas en aquellos eventos en los que tiene impactos definitivos en la salud de quienes a aquellas acceden.

59. Más adelante, en la Sentencia **C-882 de 2011**⁹⁷ este Tribunal continuó dando alcance a la prohibición establecida en el inciso 6° del artículo 49 superior, al indicar que aquella no impacta la identidad y autodeterminación de los pueblos indígenas porque no se predica de los usos tradicionales de estas sustancias [en particular se hizo referencia a la hoja de coca] en tanto no determinan problemas de salud para sus miembros. Este pronunciamiento se dio en el marco de una demanda que tuvo por objeto cuestionar el Acto legislativo 02 de 2009 por haber

⁹⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

desconocido el derecho a la consulta previa. En consideración de la Sala Plena, aunque una interpretación *literal* podría dar lugar a entender que la prohibición se extendía *al uso tradicional* de sustancias estupefacientes o psicotrópicas,⁹⁸ una interpretación histórica, sistemática y teleológica lleva a la conclusión contraria, dado que (i) la motivación de la reforma constitucional, impulsada por el Gobierno nacional y el Congreso de la República, no abarcó la limitación de los derechos a la identidad cultural o a la libertad religiosa de las comunidades indígenas, sino que se dirigió a “*adoptar medidas para atacar y combatir la drogadicción*” como un problema de salud; y (ii) la interpretación *sistemática* de la prohibición introducida en el inciso 6° del artículo 49 de la Constitución debe partir de reconocer la existencia de otros principios constitucionales, como el pluralismo y la diversidad étnica y cultural, que no pueden ser afectados sin una justificación superior.

60. En este caso, continuó la Corte en su análisis, la citada prohibición no afecta a los pueblos étnicos dado que el cultivo, uso y consumo de la hoja de coca “*no está asociado a la drogadicción ni conlleva problemas de salud para sus miembros*”⁹⁹ y, en atención a los principios en juego y que garantizan la autonomía e integridad étnica y cultural de los pueblos, “*las preocupaciones de salud pública (...) no son suficientes para limitar las prácticas culturales de nuestros pueblos indígenas, puesto que (i) como ya se explicó, el uso de la hoja de coca en las comunidades indígenas no constituye un problema de drogadicción y (ii) ni existe evidencia de que contribuya al tráfico ilícito de la planta como causa del mismo problema a nivel más general.*”

61. A partir de estas dos decisiones, en síntesis, la Corte Constitucional (i) precisó que la *prohibición* establecida en el inciso 6° del artículo 49 superior no es absoluta, sino que está asociada a la atención del uso problemático de drogas, causante de “*drogadicción*” y, por lo tanto, a la necesidad de considerar -y formular-, como un asunto de salud pública, una política dirigida a la *prevención y rehabilitación* de la persona involucrada,¹⁰⁰ previo consentimiento informado de la misma. Aunado a lo anterior, (ii) puntualizó que una interpretación de esta prohibición que sea conforme a la Constitución, exige tener en cuenta la protección y garantía de otros derechos y principios constitucionales, tales como el pluralismo y autodeterminación de los pueblos, por virtud de los cuales no es dable comprender que aquella se extiende a las conductas que reflejan usos y costumbres de los pueblos étnicos alrededor de, por ejemplo, la hoja de coca.

⁹⁸ En razón a que, para dicho momento, (i) la Corporación verificó que esta planta se encuentra en la Lista I de la Convención Única sobre Estupefacientes, por lo cual, en principio, según una interpretación literal, estaría prohibida, y (ii) en términos estrictos, la prescripción médica podía entenderse como aquella que es resultado de la medicina occidental y no como la que puede ser expresión de prácticas médicas tradicionales.

⁹⁹ “*En consecuencia, afirmar que los indígenas “son adictos o contribuyen al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes como causa de la drogadicción” sería desconocer el valor cultural de la práctica y constituiría un atentado directo contra sus derechos a la identidad étnica y cultural y a la autonomía. Por estas razones, debe concluirse que el Acto Legislativo no es aplicable a las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas ligadas a la hoja de coca.*” (Negritas propias del texto).

¹⁰⁰ El término usado por el Constituyente fue el de “adicto”, respecto al cual la Sentencia C-574 de 2011, ya referida, precisó: “[e]n 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[258] 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.”

62. Esta línea de interpretación, posteriormente, fue retomada y reafirmada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-491 de 2012,¹⁰¹ ocasión en la que se pronunció sobre una demanda interpuesta contra el artículo 376 de la Ley 599 de 2000,¹⁰² modificado por el artículo 11 de la Ley 1543 de 2011.¹⁰³ En esa oportunidad el accionante indicó que el Legislador, al eliminar del texto antes existente para regular este tipo penal la expresión “*salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal*” como excepción a la conducta que se subsume como delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, desconoció lo dispuesto en los artículos 1, 2, 5, 13 y 16 de la Constitución, dado que, en su criterio, el Legislador habría penalizado nuevamente el porte y consumo de sustancia estupefaciente, psicotrópica o droga sintética para uso personal.

63. Para resolver el problema propuesto, la Sala Plena se refirió al alcance interpretativo de los incisos 6º y 7º del artículo 49 de la Carta, retomando lo sostenido en las sentencias antes mencionadas; y, a la comprensión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, según la cual ni el Acto legislativo 02 de 2009 ni la modificación del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, significaron el regreso a la penalización del porte y consumo de dosis de drogas para uso personal, en atención a la protección del derecho a la libre autodeterminación y a la ausencia de lesividad de dicha conducta frente al bien jurídico que, de manera principal, se tutela: la salud pública.¹⁰⁴ Al respecto, se hizo mención a lo sostenido en la Sentencia del 17 de agosto de 2011 por la Sala de Casación Penal:¹⁰⁵

“No puede pasarse por alto que la sanción penal contenida en los artículos 376 y siguientes de dicho estatuto, es producto del compromiso adquirido por Colombia a través de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas aprobada mediante Ley 67 de agosto 23 de 1993, cuyo proceso de revisión constitucional se hizo en sentencia C-176 de 1994, la cual impone a los Estados parte, la tipificación de comportamientos que tengan que ver con el comercio de estas sustancias, siendo esta su principal finalidad, más no la sanción para el consumidor, pues dicha cuestión se dejó a reserva de cada Estado de acuerdo con sus principios constitucionales^[29], siendo lo que se ajusta a nuestro orden interno, aquella posición que propende por la no sanción

¹⁰¹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SPV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁰² Sobre el estudio de constitucionalidad realizado respecto del artículo 376 del Código Penal, antes de la modificación efectuada por el artículo 11 de la Ley 1543 de 2011, la Sala Plena se pronunciará más adelante.

¹⁰³ Disposición que también es demandada en esta oportunidad y se formula en los siguientes términos: “**Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.** El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...).” La demanda se dirigió contra el enunciado destacado, “lleve consigo”, sin embargo, la Corte Constitucional integró a su estudio la totalidad del artículo, en la medida en que otros verbos también tenían que ver con el porte y consumo de dosis personal de drogas.

¹⁰⁴ En sus consideraciones, sin embargo, se destaca que la Corte Constitucional destacó el carácter pluriofensivo del tipo, en tanto protege el orden socio-económico e, indirectamente, “*la administración pública, la seguridad pública, la autonomía personal y la integridad personal.*”

¹⁰⁵ Radicación No.35978. Sentencia de agosto 17 de 2011.

del porte de sustancias por parte del adicto para su consumo en las cantidades fijadas por nuestro legislador, postura sentada desde el año 1994 en la tantas veces mencionada sentencia C- 221.”

64. Teniendo en cuenta lo dicho, en consecuencia, precisó que (i) la prohibición prevista en el Acto legislativo 02 de 2009, *“no conduce a la criminalización de la dosis personal, comoquiera que [tal reforma] no comporta una finalidad represiva frente a quien tenga la condición de adicto, sino de protección a través de medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, la cuales deben contar con el consentimiento informado del adicto”*, (ii) el concepto de dosis personal es objetivo, esto es, es independiente del sujeto que usa la droga, de la condición de *“adicto,¹⁰⁶ consumidor habitual, o consumidor ocasional”*; y (iii) los mandatos de dignidad y libre autodeterminación (Arts. 1 y 16, CP), que jugaron un rol fundamental para el estudio realizado en la Sentencia C-221 de 1994, permanecen inalterados en esta materia luego de la reforma constitucional de 2009.

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

66. Coherentemente con dicha posición, la Sala Plena decidió declarar la exequibilidad del artículo 376 del Código Penal, en el entendido de que excluye -o no tipifica- el *“porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado”*, destacando, finalmente y en su parte considerativa, que el porte o conservación de las mismas sustancias -incluso en cantidades similares a las de la dosis personal- que no tenga por objeto el consumo personal sino *“la comercialización tráfico e incluso distribución gratuita”* sí son antijurídicas, porque afectan la salud pública; *“[e]n consecuencia, el condicionamiento que se inserta en la parte resolutive de esta decisión deja intacta la posibilidad de que se penalicen las conductas consistentes en ‘vender, ofrecer, financiar y suministrar’, con fines de comercialización, las sustancias estupefaciente, sicotrópicas o drogas sintéticas, de que trata el artículo 376 del Código Penal, en cualquier cantidad.”*

67. Por último, es importante destacar que el carácter *específico y restringido* de la prohibición -sin efecto sancionatorio- prevista en el inciso 6° del artículo 49 ha sido reiterada, a partir de lo dicho en las sentencias C-574 y C-882 de

¹⁰⁶ Sobre este término, la Corte Constitucional reiteró nuevamente que la jurisprudencia constitucional asociaba la *adicción* a la farmacodependencia o drogadicción, considerada, a su turno, como enfermedad.

2011, en las providencias (i) C-284 de 2016¹⁰⁷ y (ii) C-636 de 2016,¹⁰⁸ ocasiones en las que esta Corporación analizó enunciados que pretendían establecer o establecían como conductas sancionables disciplinariamente en el escenario laboral, el consumo de sustancias estupefacientes. Para su resolución, la Corte destacó que la introducción de la reforma constitucional por el Acto legislativo 02 de 2009 no incidió en la línea previa que la Corporación tenía al respecto y que se decantaba por el hecho de que esto solamente podía ser prohibido y tener implicaciones en el trabajo en la medida en que el consumo impactara negativamente en el ejercicio de la función, porque incluso, en algunos eventos, no desbordaba la órbita individual del sujeto. En particular, sobre el alcance de la reforma al artículo 49 superior indicó la Sentencia C-284 de 2016, que:

“Desde distintos ángulos, la Corte ha analizado de manera particular el contenido y efectos de este Acto Legislativo, especialmente en tres providencias, la C-574 de 2011 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez), C-882 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y la antes citada C-491 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). En la primera de estas sentencias, la Corte realizó un profundo análisis, en particular sobre el inciso 6° del artículo 49 superior así modificado, aplicando para ello distintos métodos de interpretación. A partir de este ejercicio, la Corte concluyó que si bien la parte inicial de la norma pareciera tener un carácter imperativo, en realidad esto no resulta exacto, por cuanto las medidas y tratamientos administrativos que al respecto prevé la misma norma constitucional, solo pueden aplicarse previo el consentimiento informado del interesado. La citada sentencia C-491 de 2012 ratificó estas conclusiones, y expresamente señaló que la expedición de este acto legislativo no trajo consigo un cambio en el parámetro constitucional aplicable al porte de drogas en cantidades definidas como dosis personal.”

68. Finalmente, en la Sentencia C-491 de 2019,¹⁰⁹ que analizó varias disposiciones del Código Nacional de Policía y Convivencia que *sancionaban* el consumo de sustancias alcohólicas y psicoactivas en algunos espacios públicos, la Corte reiteró que con el Acto legislativo 02 de 2019, “*no [se] pretendía penalizar con medida privativa de la libertad al consumidor, sino acompañarlo con alternativas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas que le ayudaren a él y a su familia a superar sus dificultades.*”

¹⁰⁷ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Alberto Rojas Ríos. SPV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esta oportunidad, al analizar las objeciones presidenciales formuladas por el Gobierno nacional contra el proyecto de ley 55 de 2014 Senado – 195 de 2014 Cámara, en particular, una respecto de una disposición en la que se consideraba como falta gravísima consumir, en el sitio de trabajo o en lugares públicos, sustancias prohibidas o asistir al trabajo en estado de embriaguez o el efecto de estupefacientes, la Corte reiteró la tesis sostenida en la Sentencia C-252 de 2003, en el sentido de que el consumo en sitio público únicamente es relevante en la medida en que afecte la prestación del servicio público. Dado que en este caso no se preveía dicha condición, se declaró fundada la objeción.

¹⁰⁸ M.P. Alejandro Linares Cantillo. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta decisión la Corporación declaró la exequibilidad de una prohibición de presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes, en el entendido que de aquella “*solo se configura cuando el consumo de alcohol, narcóticos o cualquier otra droga enervante afecte de manera directa el desempeño laboral del trabajador.*”

¹⁰⁹ M.P. Diana Fajardo Rivera. SV. Carlos Bernal Pulido. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. José Fernando Reyes Cuartas.

69. De lo expuesto, en consecuencia, se extrae que, (i) a partir de la defensa del derecho a la libre autodeterminación y a la dignidad humana -como valor-, el porte y consumo de la dosis personal de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y drogas sintéticas no es sancionable bajo el marco actual constitucional -de derechos humanos-, en la medida en que constituye una conducta elegida por el sujeto que no interviene en el ejercicio libre de los derechos de los demás y, en consecuencia, no tiene relevancia para el derecho punitivo, guiado por el principio de *ultima ratio*. Desde el punto de vista de los deberes dirigidos hacia *uno mismo*, no es dable para el ordenamiento jurídico -como sistema heterónimo- imponer visiones de vida buena o virtuosa para, luego, sancionar coercitivamente su incumplimiento.

70. Aunado a lo anterior, (ii) la reforma constitucional introducida por el Acto legislativo 02 de 2009 al artículo 2009 tuvo un enfoque de salud pública, que se materializó en la lucha contra la drogadicción como una enfermedad que afecta el ejercicio de la propia autonomía, así como la adopción e implementación de una política dirigida a la prevención y rehabilitación, en este último caso, a través de los enfoques pedagógico, profiláctico o terapéutico, para cuya implementación se exige del consentimiento informado. Y, finalmente, (iii) la prohibición establecida en el inciso 6º del artículo 49 de la Constitución, además de que no abarca el porte y consumo de drogas para uso personal, tampoco se extiende a otro tipo de situaciones en las que no está de por medio el objetivo para el cual se adoptó la reforma del año 2009, como ocurre con el uso de drogas en el marco de prácticas identitarias de los pueblos étnicos.

3.2. Alcance del artículo 376 del Código Penal

71. Aunque en el apartado previo se hicieron algunas referencias al alcance que esta Corte le ha atribuido al artículo 376 (parcialmente) demandado, a continuación se procede a dar cuenta de su contenido. La disposición cuestionada establece, en sus incisos 1º y 4º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 376. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. [Modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011]. 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, financie¹¹⁰ 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.
(...)

¹¹⁰ Los accionantes precisan que su demanda contra el artículo 376 (parcial) del Código Penal no cobija el verbo *financie*, en razón a que no desconocen que el Estado ha adquirido compromisos internacionales referidos a la lucha contra el tráfico internacional de estupefacientes.

Las sanciones previstas en este artículo,¹¹¹ 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.¹¹²” (Los términos subrayados constituyen el objeto de demanda en esta oportunidad).

72. El tipo penal descrito en el artículo 376 se ubica en el Libro Segundo, parte especial, Título XIII del Código Penal, cuyo bien jurídico protegido es la *salud pública*. El sujeto activo es cualquier persona -indeterminado-; los verbos rectores -alternativos- de estructuración del tipo penal son diversos: introducir o sacar del país, transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar; y el objeto sobre el que recae el reproche son sustancias (i) estupefaciente o (ii) sicotrópica, y (iii) drogas sintéticas contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas.

73. Aunado a ello, el enunciado previsto en el inciso 1º inicia con un condición para configurar la tipicidad de la conducta “[e]l que sin permiso de autoridad competente” y, bajo la misma línea, prevé en el inciso 4º una excepción explícita a la tipicidad, dirigida a quienes incurran *objetivamente* en la conducta pero cuenten con las licencias respectivas, respecto del cannabis, con fines *médicos* o científicos [excepción introducida por el artículo 13 de la Ley 1787 de 2016, “por la cual se reglamenta el Acto Legislativo 02 de 2009”].

74. Finalmente, según la jurisprudencia de este Tribunal, existe una excepción adicional a la configuración del tipo en aquellos casos en los que el porte o la conservación recaigan sobre la dosis personal -que incluye la cantidad de aprovisionamiento para su consumo-, eventos en los que impera la protección del derecho al libre albedrío y la conducta se ubica fuera de la lesividad al bien jurídicamente protegido.

75. Ahora bien, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha ido ajustando su comprensión constitucional y legal sobre el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. (i) Inicialmente, en razón a que este tipo se configura como un delito de peligro abstracto, afirmó que contenía una presunción de antijuridicidad legal¹¹³ -que admite prueba en contrario- en todos los casos referidos al porte de estupefacientes y que superaban los límites -cantidades- establecidos por la normativa vigente; no obstante, después precisó

¹¹¹ Este inciso fue adicionado por el artículo 13 de la Ley 1787 de 2016, que reglamenta el Acto legislativo 02 de 2009.

¹¹² “(...) 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.”

¹¹³ *Iuris tantum*.

con mayor claridad que la *adecuación típica* del delito no depende fundamentalmente de la cantidad de sustancia que se porte, sino que (ii) involucra un elemento *subjetivo tácito* cuando la conducta tiene que ver con el *porte* de estupefacientes, que tiene como elemento fundamental la *finalidad* y que permite distinguir las conductas permitidas -dirigidas al consumo-, de aquellas prohibidas -con una finalidad diferente al consumo personal- y que, en este último caso, atienden a un criterio de política criminal que encuentra en el narcotráfico una actividad ilícita a combatir.¹¹⁴ Al respecto, en la sentencia del 28 de febrero de 2018,¹¹⁵ afirmó:

“En suma, la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes –alusivo al verbo rector llevar consigo-, ha consolidado las siguientes tesis (CSJ SP9916-2017, 11 jul. Rad. 44997):

a) Tratándose de delitos de peligro abstracto –el previsto en el artículo 376 del Código Penal, lo es-, si bien en el momento de creación legislativa se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho, por lo que el juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido.

b) En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.

c) Se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, relacionado con la constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico.”

76. Bajo la anterior perspectiva, el criterio cuantitativo -la cantidad que se considera legalmente dosis personal- no es suficiente para concluir la configuración del tipo penal, porque, incluso, sin reparar en tal aspecto, se puede incurrir en delito cuando el objetivo está relacionado con el *tráfico*, esto es, cuando es ajeno al consumo o aprovisionamiento y, por lo tanto, se lesiona el bien jurídico protegido a través del derecho punitivo. El elemento

¹¹⁴ En la Sentencia CSJ SP-2950 del 9 de marzo de 2016, radicado 41760, se indicó que: *[l]a dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite demostración en contrario. // Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.”*

¹¹⁵ Sentencia SP497-2018. Radicación No. 50512. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

fundamental, entonces, es la *destinación*, la cual determina la tipicidad o no de la conducta. Más recientemente, en Sentencia del 21 de julio de 2021¹¹⁶ se indicó que:

“4. La Sala ha afianzado una línea jurisprudencial según la cual lo determinante para la punición del porte de estupefacientes es su *destinación*. De allí que si el propósito del individuo que lleva consigo la sustancia, es el simple consumo para sí mismo, así la cantidad sea superior a la legalmente establecida como dosis personal, su actuar no puede ser sancionado por el derecho penal.

Expresado de otra manera, lo trascendental en estos casos es definir el ánimo del agente, esto es, si el narcótico es para cubrir su adicción o para ser distribuido, vendido o comercializado, en la medida en que solo en estos últimos eventos la conducta será típica.”

77. En los anteriores términos, no cabe duda de que, conforme a la comprensión de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, el tipo penal por tráfico, fabricación y porte de estupefacientes solo se configura en aquellos casos en los que, con independencia de si el sujeto activo es o no una persona con un consumo problemático e incluso de la cantidad de sustancia estupefaciente que se le encuentre,¹¹⁷ la *destinación* -o finalidad- de portar o conservar la misma no se dirige al consumo -o aprovisionamiento- personal. O, dicho de otra manera, es clara la penalización cuando, como lo afirmó la Corte Constitucional en la Sentencia C-491 de 2012,¹¹⁸ la finalidad de portar o conservar la sustancia es “*la comercialización tráfico e incluso distribución gratuita*.” Mientras que, por el otro lado, es claro que no se configura el tipo penal cuando, incluso en una cantidad superior a la legalmente permitida, la persona que porta drogas prohibidas las destina a su propio consumo o aprovisionamiento.

3.3. Requisitos de aptitud de la demanda en la acción pública de inconstitucionalidad - Reiteración de jurisprudencia¹¹⁹

78. La Corte Constitucional ha enfatizado que la acción pública de inconstitucionalidad es expresión del derecho de participación en una democracia,¹²⁰ y que constituye un instrumento de control sobre el poder de configuración normativa que radica, de manera principal, en el Congreso de la

¹¹⁶ Sentencia SP3064-2021. Radicado No. 58870. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

¹¹⁷ Esta afirmación, de manera alguna, desconoce que según lo sostenido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el factor cuantitativo de la sustancia constituye un elemento objetivo que adquiere importancia en el estudio integral de cada caso. En este sentido, en la sentencia del 18 de febrero de 2019 (SP497-2018, radicación 50512), se precisó que: “*No quiere decir lo anterior, que el peso de la sustancia portada deba menospreciarse ante su falta de idoneidad para determinar la tipicidad de la conducta punible, pues hace parte de la información objetiva recogida en el proceso y por tanto, junto con otros elementos materiales allegados en el juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador.*”

¹¹⁸ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SPV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Nilson Pinilla Pinilla.

¹¹⁹ Ver entre otras, las sentencias C-1095 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-1143 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-041 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-405 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-128 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-673 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-658 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; C-148 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera; y C-538 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹²⁰ Concretando los mandatos previstos en los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución. Ahora bien, el artículo 40.6 expresamente prevé como derecho político la interposición de acciones públicas en defensa de la Constitución.

República.¹²¹ El ejercicio de dicho mecanismo, sin embargo, no está desprovisto de exigencias que, si bien no pueden constituirse en barreras para el acceso a la administración de justicia, están orientadas a dar cuenta *(i)* de la presunción de corrección de las leyes, con mayor precisión e intensidad de aquellas proferidas por el Congreso de la República, que deriva del carácter epistemológico del proceso democrático, y de la pretensión de estabilidad del ordenamiento jurídico en beneficio de la seguridad que debe brindar a sus destinatarios; y, *(ii)* del ejercicio ponderado de la competencia del Juez Constitucional, que, por un lado, no debe asumir por sí mismo la carga de formular acusaciones contra las normas que luego debe estudiar con imparcialidad; y, por el otro, debe garantizar un escenario en el que el escrito de la demanda permita orientar la participación y el debate ciudadano.

79. Por lo anterior, aunque en aplicación del principio *pro actione* es preferible, en beneficio de un ordenamiento jurídico coherente y consistente, dictar una decisión de fondo a una inhibitoria, no le es dable a la Corte Constitucional corregir de oficio, ni subsanar aspectos oscuros, débiles o no inteligibles dejados por el accionante, “*pues, se corre el riesgo de transformar una acción eminentemente rogada, en un mecanismo oficioso.*”¹²² Así entonces, las exigencias que rigen en esta materia no resultan contrarias al carácter público de la acción de inconstitucionalidad, sino que responden a la necesidad de establecer una carga procesal mínima que tiene como finalidad permitir que la Corte Constitucional cumpla de manera eficaz las funciones que le han sido asignadas por la Carta Política en esta materia,¹²³ armonizando diversos principios institucionales y sustantivos.

80. Bajo tal premisa, y partiendo del contenido del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, la jurisprudencia ha precisado que, para que exista demanda en forma, el promotor del respectivo escrito de acusación debe *(i)* señalar las normas que se acusan como inconstitucionales, *(ii)* indicar las disposiciones superiores que estima infringidas, y *(iii)* exponer las razones o motivos por los cuales la norma acusada viola la Constitución, lo que se traduce, a su vez, en la formulación de por lo menos un cargo concreto de inconstitucionalidad.¹²⁴ El promotor de la acción, por supuesto, también debe explicar la razón por la cual estima que la Corte Constitucional es competente para conocer del asunto (Arts. 241, CP y 2 del Decreto 2067 de 1991).

81. En relación con el tercero de los anteriores requisitos, la exigencia se traduce en que la acusación presentada se apoye en razones *(i) claras*, esto es, cuando la acusación formulada es comprensible y de fácil entendimiento; *(ii) ciertas*, cuando la acusación recae directamente sobre el contenido de la disposición demandada y no sobre una proposición jurídica inferida o deducida por el actor e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda; *(iii) específicas*, en cuanto se defina o se muestre en forma diáfana la manera como la norma vulnera la Constitución; *(iv)*

¹²¹ Artículos 114 y 150 de la Constitución.

¹²² Sentencia C-304 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹²³ Ver, entre otras, las sentencias C-980 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-501 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹²⁴ Consultar, entre otras, las sentencias C-236 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-426 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; y C-170 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

pertinentes, cuando se utilizan argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no razones de orden legal, personal, doctrinal o de simple conveniencia; y (*v*) *suficientes*, en la medida en que la acusación contenga todos los elementos fácticos y probatorios que devienen necesarios para adelantar el juicio de inconstitucionalidad, de forma que suscite por lo menos una sospecha o duda mínima sobre la constitucionalidad del precepto impugnado.¹²⁵

82. Cuando se satisfacen los requisitos atrás señalados, la Corte se encuentra en condiciones de adelantar el proceso judicial con el objetivo de establecer si lo acusado “*se somete o no al ordenamiento supralegal que se dice desconocido*”;¹²⁶ de lo contrario, al juez constitucional le será imposible “*entrar en el examen material de los preceptos atacados con miras a establecer si se avienen o no a la Constitución*”¹²⁷ y, en tales circunstancias, no habrá lugar a darle curso al proceso o habiéndolo adelantado, culminará con una sentencia inhibitoria, sin que en este caso pueda oponerse una primera decisión de admisión dado que es en la Sala Plena de la Corporación, integrada por todos sus magistrados, en quien recae la competencia de proferir un fallo, determinando, previa deliberación, si la demanda es apta o no.¹²⁸ Al respecto, en la Sentencia C-188 de 2020,¹²⁹ se afirmó que:

“(…) aunque, en principio, en el auto admisorio se define si la demanda cumple o no los requisitos mínimos de procedibilidad, se trata de un primer acercamiento que responde a una valoración apenas sumaria realizada por el magistrado sustanciador, lo que no compromete ni define la competencia de la Sala Plena de la Corte, que es el órgano al que corresponde la función constitucional de decidir de fondo sobre las demandas ciudadanas contra las leyes o los decretos con fuerza de ley.”

Jurisprudencia constitucional sobre el cargo por omisión legislativa relativa¹³⁰

83. La Corte Constitucional ha reconocido que su competencia para controlar la constitucionalidad de la producción normativa del Legislador se extiende, no solo sobre el contenido del enunciado normativo puesto bajo su consideración, sino sobre las *omisiones* en las que haya incurrido al formularlo. En otras

¹²⁵ En la sentencia C-1052 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), al sistematizar los lineamientos fijados por la jurisprudencia, la Corte definió las circunstancias a partir de las cuales un cargo se entiende debidamente estructurado. De ahí que el citado fallo sea objeto de reiteración por la Corte en innumerables pronunciamientos.

¹²⁶ Ver, entre otras, la Sentencia C-353 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹²⁷ Consultar, entre otras, la Sentencia C-357 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹²⁸ En la Sentencia C-894 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), se afirmó que: “*la propia jurisprudencia ha dejado claro, que la Corte se encuentra habilitada para adelantar un nuevo estudio de procedibilidad de la demanda en la Sentencia, cuando de la valoración de los elementos fácticos allegados al proceso, se infiere una inobservancia de los requisitos mínimos de procedibilidad en la acusación, que a su vez no permite delimitar el ámbito de competencia de la Corte para pronunciarse. Se ha explicado al respecto, que en esa instancia procesal, el análisis resulta de mayor relevancia, si se tiene en cuenta que para ese momento, “además del contenido de la demanda, la Corte cuenta con la opinión expresada por los distintos intervinientes y con el concepto del Ministerio Público, quienes de acuerdo con el régimen legal aplicable al proceso de inconstitucionalidad, [sólo] participan en el juicio con posterioridad al auto admisorio.*” En el mismo sentido, ver la Sentencia C-116 de 2021. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. SPV. Diana Fajardo Rivera. SPV y AV. Jorge Enrique Ibáñez Najar. SPV y AV. Alejandro Linares Cantillo. SPV. Paola Andrea Meneses Mosquera. SPV. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV. Alberto Rojas Ríos. Fundamento 29.

¹²⁹ M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Carlos Bernal Pulido. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Cristina Pardo Schlesinger. SV. Alberto Rojas Ríos. SV. Alejandro Linares Cantillo. SV. José Fernando Reyes Cuartas.

¹³⁰ Reconstrucción que toma en cuenta, de manera principal, lo dicho en la Sentencia C-356 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. Diana Fajardo Rivera.

palabras, esta Corporación ha considerado que un enunciado normativo puede violar la Constitución no solo a partir de lo que *dice* el Legislador, sino también, en casos específicos, de lo que *no dice*, si al excluir tal contenido desconoce un mandato constitucional.¹³¹ Este segundo caso se materializa en lo que la Corte ha denominado, con base en la doctrina y en su interpretación sobre la materia, una omisión legislativa relativa.

84. Dicho tipo de omisión, que la Corte es competente para revisar, se diferencia de la omisión legislativa absoluta, precisamente, porque la primera implica la existencia de una norma, una actuación en la que se expresa la voluntad del Legislador, que es incompleta en la medida que desconoce, a través de una exclusión, un deber constitucional. La segunda, en cambio, se da cuando no existe norma alguna sobre la materia: si no hay actuación legislativa, este Tribunal ha entendido que no se activa su competencia, pues no existe un acto que se pueda comparar con la Constitución.¹³²

85. En términos generales, una norma contiene una omisión legislativa relativa, por un lado, si *(i)* favorece a unos sectores o grupos determinados, al tiempo que perjudica a otros; o *(ii)* excluye a ciertas personas de los beneficios que les otorga a otras. En las dos circunstancias mencionadas, la omisión del Legislador compromete el principio de igualdad, por cuanto se producen diferentes consecuencias jurídicas para supuestos de hecho idénticos o asimilables. Ahora bien, por otro lado, la Corte también ha reconocido que, más allá del principio de igualdad, se produce una omisión del tipo en comento cuando *(iii)* la norma no incorpora un elemento, ingrediente, condición o supuesto que resulta esencial en cumplimiento de un deber o mandato establecido en la Constitución. Sobre este aspecto, en reciente decisión, la Corte Constitucional consideró que:

¹³¹ La Sentencia C-543 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz. AV. Alejandro Martínez Caballero. AV. José Gregorio Hernández Galindo) sentó las bases del examen que esta Corporación realiza actualmente para determinar si existe una omisión legislativa relativa y planteó la diferencia entre omisiones legislativas absolutas y relativas. Esta postura ha sido reiterada de manera pacífica, entre muchas otras, en providencias como las siguientes: C-405 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz; C-407 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-067 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-427 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-1255 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. AV. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil; C-809 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. AV. Jaime Araújo Rentería; C-157 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-371 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-1266 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-192 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-864 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-029 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-942 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-100 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa; C-911 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo; C-330 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. A.V. Luis Ernesto Vargas Silva; C-833 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-767 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-658 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Alejandro Linares Cantillo. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-401 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Luis Ernesto Vargas Silva; C-352 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo; C-133 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; C-191 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; C-426 de 2020. M.P. Antonio José Lizarazo. AV. Richard S. Ramírez Grisales; C-276 de 2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Diana Fajardo Rivera. SV. Jorge Enrique Ibáñez Najar. AV. Alberto Rojas Ríos; y C-256 de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

¹³² Esta es la interpretación sobre la competencia de la Corte para pronunciarse sobre omisiones legislativas relativas, pero no sobre las absolutas que la Sentencia C-543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz. AV. Alejandro Martínez Caballero. AV. José Gregorio Hernández Galindo; C-407 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-867 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz. AV. José Gregorio Hernández Galindo; C-1549 de 2000. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; C-246 de 2001. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-041 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-402 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería; C-1125 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-178 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-045 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-100 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-1083 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo; C-578 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-647 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-619 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-489 de 2012. M.P. (e) Adriana María Guillén Arango. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Humberto Antonio Sierra Porto. SPV. Luis Ernesto Vargas Silva; C-841 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos. AV. Alberto Rojas Ríos; C-359 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís. SV. Alberto Rojas Ríos; C-110 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. AV. Carlos Bernal Pulido; y C-188 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

“[E]sta Corporación ha señalado que el escrutinio sobre la existencia o no de una omisión legislativa relativa tiene por propósito determinar si el Congreso, en el ejercicio de su facultad de hacer las leyes, cumplió con el nivel de protección exigido por la propia Carta Política, *“con el fin de evitar (i) la afectación directa del principio de igualdad, o (ii) la violación de otros principios y mandatos superiores.”*¹³³

86. Así las cosas, esta Corporación ha establecido cinco requisitos para que una demanda de inconstitucionalidad lleve a la Corte a declarar la existencia de una omisión legislativa relativa: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo, pues de lo contrario, se trataría de una omisión legislativa absoluta o, al menos, no se activaría el control de constitucionalidad a cargo de este Tribunal; (ii) en los términos mencionados arriba, que la norma excluya de sus efectos casos que debía incluir por ser asimilables a los que sí cubre, u omite *“un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta”*;¹³⁴ (iii) que tal exclusión *“carezca de un principio de razón suficiente”*¹³⁵ o, en otras palabras, *“no obedezca a una razón objetiva y suficiente”*;¹³⁶ (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”*;¹³⁷ y (v) *“que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.”*¹³⁸

87. La presentación del test que acaba de mencionarse, no obstante, ha variado en algunas decisiones recientes de la Corporación, en las que, primero, se evidencian solamente cuatro (4) pasos, en la medida en que los dos iniciales se juntan en uno solo y, a continuación, aparece un requisito que se ha visto como esencial para la consideración de este cargo, la existencia y justificación de un deber constitucional presuntamente incumplido por el Legislador.¹³⁹ Y, segundo, se ha destacado que el requisito mencionado en el número cuatro *“se entenderá aplicable solo en los eventos en que exista la conculcación del principio de igualdad”*, esto es, cuando la norma no aplica sus consecuencias

¹³³ Sentencia C-256 de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

¹³⁴ Sentencia C-185 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹³⁵ Sentencia C-185 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹³⁶ Sentencia C-427 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹³⁷ Sentencia C-185 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹³⁸ Sentencia C-427 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹³⁹ Sentencia C-352 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Esta versión del *test* ha sido incorporada, adicionalmente en las recientes sentencias C-088 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y C-083 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Diana Fajardo Rivera. Recientemente, también es la versión que se incorpora en la providencia C-256 de 2022, antes mencionada: **i.** Exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo, y que *“(a) excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o, en su defecto, (b) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo.”* **ii.** Exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al Congreso que resulta omitido, pues se constata que el Legislador (a) excluyó un caso equivalente o asimilable o (b) dejó de incluir un elemento o ingrediente normativo. Como lo resaltó la Corte en la Sentencia C-083 de 2018, solo se configura una omisión legislativa relativa cuando el legislador incumple una concreta *“obligación de hacer”* prevista en la Constitución. Vale decir que esta exigencia es razonable si se le analiza desde la óptica de la separación de poderes y del respeto por la competencia legislativa. Así, al momento de alegarse la inacción del legislador, la Corte ha dicho que se debe explicar con precisión *“cómo el Congreso de la República, en el marco de la expedición de una norma específica y concreta, omitió la inclusión de un ingrediente o de un grupo de sujetos que resultaban imperativos por mandato expreso de la Constitución Política.”* **iii.** La exclusión tácita o expresa de los casos o ingredientes carezca de una razón suficiente. Esto último supone verificar si el Legislador *“contó con una razón suficiente para omitir algún elemento al momento de proferir la norma.”* En este estadio del análisis la Corte debe definir si la omisión es producto de un ejercicio caprichoso o si por el contrario existen argumentos claros y precisos para obviar el aspecto que, *prima facie*, se echa de menos. **iv.** La falta de justificación y objetividad de la exclusión genere una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma.

jurídicas a supuestos de hecho idénticos o semejantes al previsto en ella,¹⁴⁰ para cuya valoración será necesario acudir a un test de igualdad.

88. En cuanto a la comprensión del *deber constitucional* presuntamente incumplido, y que debe acreditarse para la configuración de un cargo por omisión legislativa relativa, la Corte Constitucional ha indicado que es aquél que deriva de un mandato *específico* -no general- del ordenamiento superior y que, en últimas, no deja al Legislador margen de configuración respecto de la materia de que se trate. En este sentido, en la Sentencia C-352 de 2017 se indicó que tal *deber* tendrá que derivar de un “*mandato constitucional tan claro y determinado que traiga como consecuencia que el legislador ordinario o extraordinario no pueda válidamente excluir de la norma que adopta, elementos cuya presencia en el texto resultan ineludibles, por derivarse de mandatos constitucionales que no son generales, sino específicos.*”¹⁴¹

89. Por último, ante la configuración del cargo por omisión legislativa relativa, la Corte Constitucional ha precisado que, por regla general, el remedio judicial procedente consiste en adoptar una decisión modulada, integradora, que extienda sus consecuencias a los supuestos excluidos de manera injustificada, con lo cual, además de ajustar la disposición a una lectura constitucional se preserva la labor del Legislador, en beneficio del principio de conservación del derecho. En este sentido, en la Sentencia C-075 de 2021¹⁴² se precisó que “*la Corte, en ejercicio de su función de salvaguardar la integridad del ordenamiento superior, en principio, debe disponer la adición del texto de la disposición de forma tal que se ajuste a la Carta Política.*” Con todo, es del caso advertir que, en aquellos casos en que no sea posible armonizar adecuadamente los principios en juego, es posible adoptar una decisión de inexequibilidad.

3.4. Ineptitud de la demanda por el cargo de omisión legislativa relativa

90. En atención a lo expuesto previamente, la Sala Plena considera que el cargo por omisión legislativa relativa no es apto porque, pese a gozar de claridad y, en principio, de certeza, no satisface los requisitos de especificidad, pertinencia y suficiencia.

91. Para iniciar, la formulación del cargo en examen satisface el requisito de *claridad* porque, en términos generales, los demandantes fijaron las premisas fundamentales que guiaron su reparo por este motivo contra el artículo 376 del Código Penal y, a partir de aquellas, trataron de manejar una línea argumentativa dirigida a justificar la solicitud de un pronunciamiento modulado que, a pesar de llamarlo condicionado, tuvo por objeto indicar la necesidad de emitir una decisión que previera una nueva exclusión o excepción al tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, dirigida a la

¹⁴⁰ Sentencia C-083 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Carlos Bernal Pulido. SPV. Diana Fajardo Rivera.

¹⁴¹ M.P. Alejandro Linares Cantillo. Conceptualización reiterada, recientemente, en la Sentencia C-276 de 2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Diana Fajardo Rivera. SV. Jorge Enrique Ibáñez Najjar. AV. Alberto Rojas Ríos.

¹⁴² M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar.

acción del Estado para garantizar la *faceta de acceso* a las sustancias estupefacentes, sicotrópicas y drogas sintéticas por parte de quienes las utilizan para su consumo personal, esto es, dirigidas a la *venta, ofrecimiento y distribución*.

92. La satisfacción de este requisito es evidente al encontrar que, en principio, quienes intervinieron en este proceso de constitucionalidad partieron del cargo formulado para, a continuación, manifestar su apoyo u oposición. Finalmente, esta conclusión no se debilita por el hecho de que, como pretensión accesoria, uno de los intervinientes -Dejusticia- haya solicitado estarse a lo resuelto en la Sentencia C-491 de 2012,¹⁴³ partiendo, al parecer, de una comprensión según la cual lo solicitado por los accionantes era la *no penalización* de las conductas asociadas exclusivamente al uso personal de drogas -lo que implicaría condicionar todos los verbos existentes en el artículo 376 con dicho objetivo-, aspecto ya abordado por la Sala Plena en dicha oportunidad, en la cual, según lo anotado, se declaró la constitucionalidad del artículo 376 del Código Penal en el entendido de que “*no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado.*”

93. En concepto de la Sala, aunque esta aproximación de Dejusticia sugeriría que el cargo presentado por los accionantes no era claro, porque permitió llegar a una confusión sobre si lo solicitado ya había sido resuelto, o era algo adicional -referido a lo que los accionantes denominan la garantía del *acceso* a las sustancias de que trata el artículo 376 referido-, se encuentra que del escrito general de la organización interviniente no hay duda de que se parte de que lo solicitado tiene que ver con un presunto vacío sobre las formas de acceder a sustancias estupefacentes o psicotrópicas de manera legal y segura en los casos de consumo no problemático. Por lo tanto, se concluye que no existe duda sobre la claridad de la exposición de los ciudadanos promotores de la acción.

94. En criterio de la Corporación, se cumple el requisito de *certeza*. A partir del estudio efectuado por la Sala Plena sobre el alcance del artículo 376 del Código Penal, es cierto que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacentes sanciona penalmente todas las conductas que, guiadas por los verbos rectores -alternativos- no tengan como *destinación* o finalidad el consumo o aprovisionamiento de la dosis personal.¹⁴⁴ Tanto para la Corte Constitucional como para la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, conductas que impliquen transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir o suministrar sin dicho propósito, caen dentro de la órbita del derecho penal. En este sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-491 de 2012¹⁴⁵ -coherentemente como lo sostenido en la Sentencia C-221 de 1994¹⁴⁶- precisó en la parte motiva de la decisión que:

¹⁴³ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴⁴ De manera previa, la Sala Plena ha destacado los eventos que no son cubiertos por esta prohibición.

¹⁴⁵ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴⁶ M.P. Carlos Gaviria Díaz. SV. José Gregorio Hernández, Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

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

95. Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que -tras reconocer la existencia de un elemento implícito y subjetivo del tipo- para la adecuación típica de la conducta se debe establecer “*si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico*”,¹⁴⁷ porque en este último caso la acción es penalizable.

96. En estas condiciones, no cabe duda de que la lectura dada por los accionantes al artículo 376 del Código Penal es acertada desde dos puntos de vista: de un lado, que toda conducta gobernada por los verbos previstos en el artículo 376 que no tenga la finalidad del consumo personal -directo- es penalizada¹⁴⁸ y, de otro lado, que a través del tipo de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se imponen sanciones penales a quienes incurran en tal acción. Por último, es *comprensible* que, si esto es así, los accionantes encuentren posible demandar la constitucionalidad del enunciado normativo referido porque, en su concepto, la ausencia de una exclusión para la configuración del tipo permite un desconocimiento de los derechos a la seguridad personal, vida y salud de quienes usan drogas.

97. En esta dirección, contrario a lo sostenido por el Ministerio Público, no encuentra la Sala que el cargo carezca de certeza porque presuntamente desconozca que, a través de algunas leyes, como la 1566 de 2012, por la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a las personas que consumen sustancias psicoactivas, y la 1787 de 2016, que reglamentó el Acto legislativo 02 de 2009, se han regulado los aspectos que extraña la demanda. Lo anterior, en razón a que los accionantes no desconocen estas regulaciones y, por el contrario, advierten que a través de ellas no se asegura el acceso a la dosis personal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para los usuarios no problemáticos.

¹⁴⁷ Sentencia del 28 de febrero de 2018. SP497-2018. Radicación No. 50512. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

¹⁴⁸ Reitera la Sala que tampoco se incluyen las conductas referidas en la Sentencia C-882 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

98. Al respecto, la Sala encuentra que, en la actualidad, las regulaciones mencionadas permiten el acceso a drogas estupefacientes y sicotrópicas para usos médicos o terapéuticos y científicos -en particular del Cannabis-, así como, incluso, el uso de las mismas sustancias para efectos, exclusivamente, del tratamiento que, de manera consentida, esté a cargo del sistema general de seguridad social en salud para las personas a las que el uso les ha afectado su salud física y mental; sin embargo, la demanda no se dirige a cuestionar los inconvenientes de acceso de la población cubierta por tales supuestos, sino, se reitera, especialmente la de consumidores que no tienen usos problemáticos. En estas condiciones, se da por cumplido este criterio.

99. Pese a lo anterior, el cargo no es *específico*. Este análisis, en atención a los requisitos especiales exigidos para un cargo por omisión legislativa relativa, se funda en las siguientes apreciaciones. Los accionantes (i) no logran explicar y justificar la existencia de un deber presuntamente incumplido por el Legislador al momento de configurar dicho tipo penal; y (ii) tampoco justifican la existencia de razones que permitan llegar a la afirmación de que existe un trato desigual entre dos grupos: de un lado, quienes usan drogas y su consumo no es problemático y, del otro, quienes usan drogas bajo el amparo de una prescripción médica.

100. Comienza la Sala por advertir que, para los accionantes, tras la despenalización del consumo de drogas en la dosis personal (faceta negativa), en garantía del derecho a la libre autodeterminación y a la irrelevancia penal de dicha conducta frente al bien jurídico protegido, no se despenalizó la actuación dirigida, en protección de los derechos a la seguridad personal, vida y salud, a garantizar el *acceso* -disponibilidad- de dichas sustancias (faceta positiva). Esta situación, que pone en riesgo los derechos fundamentales de quienes usan drogas, es imputable, según los accionantes, al Estado, quien tiene el deber de *suministrar* tales sustancias. Aunado a este entendimiento, los accionantes advierten que no desconocen que, por virtud de la reforma constitucional realizada en el año 2009 al artículo 49 superior, es posible que un grupo de las personas que consumen drogas, en particular, las que cuentan con prescripción médica, puedan acceder a las mismas, mientras que quienes no tienen dicha autorización médica, en particular, quienes no presentan consumos problemáticos con dichas sustancias, deban someterse a mercados ilegales y transacciones que ponen en riesgo su vida.

101. En este escenario, los accionantes justifican el deber del Estado de “*suministr[ar] directamente y en condiciones de seguridad sustancias estupefacientes a consumidores*” a partir, principalmente, de lo dispuesto en los incisos 6º y 7º del artículo 49 de la Constitución. Esta interpretación, en su concepto, es implícita y tiene en cuenta que (i) entre las finalidades de política pública a implementar por el Legislador, se encuentra la *preventiva*, y que (ii) las medidas concretas a adoptar son, entre otros, de orden *pedagógico* y *profiláctico*. En esta dirección, tal como se precisó al sintetizarse la demanda en esta providencia, de estos dos últimos términos sería posible extraer que el Estado es responsable de suministrar tales sustancias. Aunado a lo anterior, en

la demanda se advierte que estos mandatos deben armonizarse con las facetas prestacionales de los derechos a la vida, seguridad personal e integridad.

102. Al respecto, encuentra la Sala que en el marco de la reforma constitucional efectuada a través del Acto legislativo 02 de 2009 al artículo 49, la prohibición del porte y consumo de drogas está asociado a un enfoque según el cual el uso de drogas es un asunto de salud pública y su objetivo es combatir la drogadicción, a partir de la formulación de una política dirigida a satisfacer fines de *prevención y rehabilitación*, para lo cual, debían implementarse medidas *pedagógicas, profilácticas* y terapéuticas. Sobre las características de estas últimas, en la Sentencia C-574 de 2011,¹⁴⁹ se precisó lo siguiente:

“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.*”

103. Si se parte de la anterior comprensión del marco constitucional, esto es, del enfoque dirigido a combatir los consumos problemáticos de drogas, correspondía a los accionantes una carga amplia y robusta con miras a indicar por qué, de esa misma normativa, es posible derivar deberes del Estado dirigidos, ya no a atender el uso *problemático* de drogas, sino a atender el uso que *no es problemático*, con la pretensión de garantizar la venta, ofrecimiento y adquisición de dichas sustancias -de todas o de algunas de ellas-. Se admite, por supuesto, que la demanda da cuenta del porqué el uso no problemático es un asunto de política pública en materia de salud -y esto no se pone en duda-, pero no se indican las razones por las cuales, por ejemplo, la finalidad *preventiva* y las medidas *pedagógicas* pueden comprenderse con un sentido amplio, dirigido, no solo a desincentivar el consumo sino a promover un consumo informado, con prevención de riesgos y reducción de daños. Es por lo anterior, la ausencia de justificación, que la Sala Plena no encuentra sustentado un deber presuntamente incumplido por el Legislador al concretar su política criminal en el artículo 376.

104. A esto se agrega, de manera importante, el hecho de que para los accionantes el deber presuntamente incumplido se concreta en que el Estado es quien debe suministrar las sustancias requeridas por los consumidores no problemáticos, afirmación que tampoco se encuentra debidamente justificada -como lo afirmó en su intervención el Director del Departamento de Derecho

¹⁴⁹ M.P. Juan Carlos Henao Pérez. SV. Mauricio González Cuervo. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Jorge Iván Palacio Palacio.

Penal y Criminología de la Universidad Externado-. En este sentido se observa que, incluso, contrario a lo indicado en la demanda, la interpretación que la Corte Constitucional hizo sobre la reforma constitucional al artículo 49 de la Carta contempló la necesidad de que la política pública a adelantarse permitiera, a través del Estado o de *particulares con regulación*, la prestación de un servicio asociado a la salud bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Esto es, dicho de otro modo, no se encuentra explicación para afirmar que lo que ordena la Constitución en materia de garantía del derecho a la salud es que el Estado *suministre directamente* los insumos -drogas- o elementos requeridos para cumplir con el estándar de protección más alto posible.

105. En estos términos no se encuentra debidamente soportado, a partir de los parámetros constitucionales invocados, el deber presuntamente incumplido por el Legislador al momento de configurar el tipo penal previsto en el artículo 376 del Código Penal. Así, tal como se precisó en el fundamento jurídico No. 88 de esta providencia, la acreditación del *deber* que permite la configuración de este cargo implica dar cuenta por parte del demandante -carga argumentativa que es cualificada- de que la Constitución ordena algo que no le es posible omitir por quien configura, de manera ordinaria o extraordinaria, una norma con fuerza legal, carga que en este caso no se cumplió. Para la Sala, además, es importante destacar que la determinación del ingrediente o condición que se extraña no es un asunto de mera conveniencia, porque si se trata de esto último el mandato constitucional deja de ser *específico* y entra en el amplio margen de configuración del Legislador, que tiene que ver, en este caso, por ejemplo, con la configuración de la política pública en materia penal -con todos los criterios constitucionales exigibles y, más correctamente, como se indicará a continuación, en materia de drogas-.

106. Sobre este aspecto, finalmente, destaca la Sala que en la intervención realizada por el Observatorio Externadista de la Justicia Constitucional que apoya las pretensiones de la demanda, el deber presuntamente incumplido se construyó a partir de disposiciones (Arts. 1 y 2, CP) y argumentos que no fueron abordados en la demanda, encaminados a evidenciar la forma de armonizar la pretensión de la demanda con otros deberes a cargo del Estado, como el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de lucha contra el narcotráfico.¹⁵⁰ Con esto, en consecuencia, se evidencia que aunque se presentaron intervenciones que acompañan la demanda, aquellas también dan cuenta de algunas debilidades que impiden a la Corte emprender un pronunciamiento de fondo.

107. De otro lado, los ciudadanos Lara Sabogal y Rosas Sánchez -siguiendo los criterios para configurar un cargo por omisión legislativa relativa-, adujeron que la omisión del Legislador de excluir del tipo penal la actuación del Estado dirigida a suministrar las sustancias previstas en el artículo 376 del Código Penal a quienes las requieren para su uso personal sin consumo problemático, genera una desigualdad de trato que no está justificada. En este sentido, indicaron que quienes usan drogas de manera no problemática son

¹⁵⁰ Sobre este punto se volverá más adelante.

discriminados respecto de aquellos que sí pueden acceder a un mercado legal, en razón a que cuentan con una prescripción médica. Al respecto, encuentra la Sala Plena que -bajo el marco constitucional del artículo 49 superior- los accionantes no indicaron desde qué punto de vista estos dos grupos son comparables, pese a las diferencias que se evidencian entre ellos.

108. En este sentido, tal como se indicó en el fundamento jurídico 87 de esta decisión, cuando la presunta omisión genera una desigualdad entre dos grupos que, como se argumenta en la demanda que ahora se estudia, deben recibir el mismo trato, es necesario adelantar el examen de aptitud del cargo a partir de los requisitos del juicio de igualdad. Al respecto, esta Corporación ha indicado que para probar la lesión al principio de igualdad -por naturaleza relacional- corresponde a quien presenta la demanda exponer una carga argumentativa cualificada que dé cuenta, primero, de la existencia de las bases de la comparación (*tertium comparationis*) y la segunda, de la ausencia de una justificación sobre el trato previsto por la medida analizada.¹⁵¹ En este escenario, aunque los demandantes enunciaron los grupos que, presuntamente, reciben un trato desigual, no justificaron desde qué punto de vista podrían ser comparables, teniendo en cuenta sus diferencias pero destacando la razón por la cual sus semejanzas eran relevantes de cara a la regulación de la que se ocupa el artículo 376 del Código Penal.

109. Así, no puede perderse de vista que quienes cuentan o acceden con prescripción médica a estas sustancias -conforme a lo dispuesto en el artículo 49 superior- es porque, en principio, tienen un consumo que es problemático y que se utiliza con fines de rehabilitación, finalidad esta última que no es predicable de quienes usan drogas de manera no problemática. Por lo anterior, dado que el criterio de comparación no se justificó, el cargo carece de especificidad. Finalmente, no pasa por alto la Sala que, por ejemplo, la Corporación Acción Técnica Social y el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la facultad de Derecho de la Universidad Libre, que acompañaron las pretensiones de la demanda, argumentaron el cargo de igualdad pero a partir de una distinción no propuesta en la demanda: la presunta discriminación entre quienes usan drogas y no tienen un mercado regulado, y quienes usan sustancias asociadas al tabaco y alcohol, y sí tienen una industria regulada que previene riesgos y reduce daños. Esta distinción, sin embargo, dado que no atiende a la orientación del escrito inicial, no puede ser abordada de oficio.

110. Sobre esto último, la Corte Constitucional en la Sentencia C-284 de 2014¹⁵² se refirió a la posibilidad de analizar cargos que inicialmente no fueron invocados en la demanda, sin afectar por ello la legitimidad de la decisión así adoptada. Esta posibilidad, sin embargo, está ligada a criterios exigentes que inician por considerar la existencia de una demanda con la aptitud para promover una decisión de fondo por parte de la Corporación. En este caso, dado que ni siquiera se configura este primer elemento no es dable analizar,

¹⁵¹ Ver, recientemente, lo afirmado al respecto en la Sentencia C-268 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹⁵² M.P. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Ernesto Vargas Silva.

eventualmente, la acreditación de una competencia dirigida a adoptar un enfoque u orientación diferente a la expuesta en la demanda.

111. De otro lado, la demanda también carece de *pertinencia* en la medida en que, tal como se menciona en el mismo escrito, hay asuntos más relacionados con el manejo conveniente de la política de drogas por el país, que con un problema de constitucionalidad. De hecho, incluso, los accionantes plantean que el Estado debería destinar para consumo regularizado las sustancias incautadas al narcotráfico, luego de pasar un proceso de verificación sobre la confiabilidad de las mismas sustancias. En este sentido, aunque no se desconoce que existe un esfuerzo argumentativo por evidenciar por qué la regulación sería actualmente deficitaria para la garantía de los derechos fundamentales, en este examen se mezclan argumentos que escapan a dicha dimensión.

112. Por último, la demanda carece de *suficiencia*, en atención a que no aporta todos los elementos probatorios y jurídicos dirigidos a generar una mínima duda de inconstitucionalidad sobre el artículo 376 -respecto del cargo invocado-. En este sentido, (i) los accionantes realizan afirmaciones genéricas sobre el hecho de que todas las transacciones -no reguladas por razones médicas, científicas y o de rehabilitación- para acceder a la dosis personal son ilegales y riesgosas, pero no soportaron esta afirmación en un escenario en el que, por ejemplo, el artículo 2, literal ñ), de la Ley 30 de 1986 regula la plantación de plantas capaces de producir sustancias que generen dependencia;¹⁵³ y (ii) los accionantes solicitan una excepción al tipo penal previsto en el artículo 376 de la Ley 599 de 2000 dirigida al mismo Estado, pese a que el Estado -como organización política- no es destinatario de la ley penal. En este sentido, conforme a lo dispuesto en los artículos 250 de la Constitución y 66 del Código de Procedimiento Penal, el Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación, es titular de la acción penal y, por intermedio de esta última, adelanta el ejercicio de la misma y realiza las investigaciones respecto de los destinatarios de la ley penal, sin que esta posición pueda predicarse del Estado mismo como para pretender, en el sentido indicado por los demandantes, una despenalización de sus conductas.

113. Además, (iii) el mismo artículo 376 permite entender que quien cuente con una autorización del Estado para realizar las conductas allí descritas, no incurrirá en el tipo. Esto último, *prima facie*, permitiría afirmar que ante la formulación de una eventual política pública que permita, bajo un régimen de regulación, la realización de alguna(s) de dichas conductas para efectos de satisfacer en condiciones de legalidad y seguridad la dosis de uso personal, tal acción no estaría tipificada; con lo cual, a su turno y luego de todas las consideraciones efectuadas, se pone en tela de juicio que la omisión formulada sea predicable del artículo cuestionado. En este último sentido, el estudio que hasta ahora ha efectuado la Sala Plena permite concluir que los accionantes no

¹⁵³ En concordancia con lo anterior, el artículo 2.8.11.2.1.6 del Decreto 811 de 2021, decreto único reglamentario del Sector Salud y Protección Social, regula las modalidades de licencia de cultivo de plantas de cannabis psicoactivo, permitiendo su entrega “a cualquier título a personas naturales no licenciadas un máximo de veinte semillas semestralmente para abastecer el autocultivo”. Este hecho, que no desconocen los accionantes, mostraría que el autocultivo -en aquellos casos en los que es posible- sacaría a las personas de transacciones peligrosas o riesgosas para su vida, seguridad personal y salud.

lograron predicar la presunta configuración de una omisión legislativa relativa del artículo 376 del Código Penal, esto es, no generaron una mínima duda de inconstitucionalidad sobre el hecho de que a la configuración penal materializada en dicha disposición le faltara ingrediente o condición alguna para afirmar su sujeción a la Constitución, máxime cuando dicha norma no se ocupa de regular la política pública en materia de salud pública sobre el tratamiento de las drogas en Colombia. En los anteriores términos, el cargo por omisión legislativa relativa no es apto para generar un pronunciamiento de fondo.

3.5. Incompetencia de la Corte Constitucional para pronunciarse sobre una omisión absoluta

114. Al respecto, tal como se indicó en el acápite destinado a explicar las características del cargo por omisión legislativa relativa, desde su jurisprudencia inicial esta Corporación ha estimado y reafirmado su falta de competencia para pronunciarse en sede de constitucionalidad cuando lo que se predica es una falta absoluta de objeto porque el Legislador ha omitido proferir una regulación. Al respecto, en reciente decisión, la Corte Constitucional señaló que:

“(…) el control que ejerce la Corte Constitucional, por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad, solo procede respecto de las omisiones legislativas relativas. En cambio, las omisiones legislativas absolutas *“no son susceptibles de control de constitucionalidad, en tanto se carece de objeto sobre el cual pueda recaer el análisis a cargo de la Corte.”*¹⁵⁴

115. En similar sentido, en la Sentencia C-025 de 2021,¹⁵⁵ se reiteró que *“[l]a jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido la omisión legislativa absoluta y relativa. La primera se presenta cuando `existe una falta de desarrollo total de un determinado precepto constitucional`. Este tipo de omisión legislativa no puede ser objeto de demanda de inconstitucionalidad porque `el juicio de constitucionalidad esencialmente consiste en la comparación entre dos textos normativos, uno de rango legal y otro constitucional, de manera que la inexistencia del primero lógicamente impide adelantar tal proceso comparativo propio del control abstracto de constitucionalidad de las leyes`.”*

116. En los anteriores términos, entonces, es clara la incompetencia de la Corporación para conocer de cargos que, además, explícitamente se fundan en la existencia de una omisión legislativa absoluta. Contrario a lo dicho por la parte accionante, quien no justificó por qué el caso resuelto por esta Corporación en la Sentencia C-577 de 2011¹⁵⁶ -matrimonio igualitario- es predicable de este asunto, ni por qué asimila la figura del déficit de protección con la omisión legislativa absoluta, se concluye que, reiterando la posición

¹⁵⁴ Sentencia C-173 de 2021. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

¹⁵⁵ M.P. Cristina Pardo Schlesinger. AV. Paola Andrea Meneses Mosquera. AV. Diana Fajardo Rivera.

¹⁵⁶ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV y AV. María Victoria Calle Correa. AV. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Luis Ernesto Vargas Silva.

pacífica de la Corporación al respecto, la Corte no es competente para conocer de omisiones legislativas absolutas.

3.6. Ineptitud del cargo por violación directa a la Constitución

117. La Corte Constitucional considera que, en atención a que este cargo o pretensión segunda subsidiaria se fundamentó en supuestos similares a los que ampliamente han sido analizados, este cargo también es inepto. En particular, frente a la presunta lesión del derecho a la seguridad personal, la Sala reitera que, tal como se afirmó en el análisis de *suficiencia* previamente adelantado, la demanda no da cuenta del por qué indica que todas las transacciones para satisfacer la dosis personal de sustancias estupefacientes o psicotrópicas se dan en el marco de la ilegalidad, ni por qué esta situación sería predicable del artículo 376 que, sin embargo, no excluiría la posibilidad de adoptar una política pública dirigida a satisfacer las necesidades de acceso reclamadas en la demanda -por supuesto, previa ponderación y armonización de los bienes en juego-. De otro lado, frente al cargo de igualdad, es preciso insistir en que los promotores de la acción no dan cuenta del por qué y en qué sentido la configuración penal da un trato discriminatorio de unos consumidores -sin un uso problemático- frente a otros -con un uso problemático- pese a que, *prima facie*, pueden diferenciarse en la medida en que estos últimos afrontan una situación de salud que, con el objetivo de lograr una rehabilitación-, los lleva a consentir sobre un tratamiento médico; para el efecto, la Sala Plena se remite al estudio realizado previamente sobre la ausencia de justificación respecto del *tertium comparationis* o término de comparación que llevaba a los accionantes a exigir el mismo trato respecto de los sujetos objeto de comparación. Aunado a ello, respecto al derecho a la salud, los accionantes no dan cuenta del porqué del artículo 376 del Código Penal se deriva una lesión a dicho bien, respecto de qué faceta y con cuál alcance.

3.7. Consideraciones finales sobre la ineptitud de la demanda

118. Aunado a lo dicho, advierte la Sala Plena que los accionantes no asumieron carga alguna para justificar la razón por la cual, en este caso, el asunto sometido a consideración judicial no estaba afectado por la figura de la cosa juzgada constitucional¹⁵⁷ y/o incluso de estar amparado por dicha institución, se cumplían los requisitos para volver sobre el asunto.

119. Al respecto, en la Sentencia C-689 de 2002¹⁵⁸ la Corte Constitucional resolvió la demanda interpuesta por un ciudadano contra varios artículos de la Ley 599 de 2000, incluyendo el artículo 376 antes de la modificación realizada por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011. Para el accionante, la tipificación de conductas tales como el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes desconocía los artículos 6, 13, 16, 22 y 29 de la Constitución, en tanto, (i) sobre

¹⁵⁷ Tal como se ha planteado metodológicamente en otras decisiones, Sentencia C-233 de 2021 (M.P. Diana Fajardo Rivera. SV. Cristina Pardo Schlesinger. SPV y AV. Jorge Enrique Ibáñez Najar. SPV. Paola Andrea Meneses Mosquera. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Diana Fajardo Rivera. AV. José Fernando Reyes Cuartas), es necesario advertir la existencia o no de un cargo apto para, a partir de dicha conclusión, indicar si se configura o no la figura de la cosa juzgada. Lo anterior cobra mayor sentido en casos en los que, además, la decisión que antecede no expulsa del ordenamiento una norma jurídica.

¹⁵⁸ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

las mismas no recae antijuridicidad, en razón a que involucran cursos de acción que al final consuman una transacción en la que el consentimiento del comprador elimina la existencia del delito, (ii) no es lógico que el Estado permita el consumo pero no garantice la adquisición del producto; la penalización, en su concepto, desampara los derechos de los consumidores, quienes acuden *“a un mercado clandestino en condiciones de salubridad que pueden llegar a afectar su salud”*; y (iii) se afecta el derecho a la igualdad, pues se da un tratamiento diferenciado entre las personas que producen, comercializan o consumen estupefacientes y quienes hacen lo mismo respecto de bebidas alcohólicas y tabaco.¹⁵⁹

120. La Sala Plena denegó las pretensiones de la demanda, acogiendo para el efecto los principales argumentos expuestos por la Corporación en la Sentencia C-420 de 2002,¹⁶⁰ oportunidad en la que se analizaron cargos similares frente a la penalización de conductas análogas en la Ley 30 de 1986. Adujo que (i) a la demanda subyace un reproche sobre el criterio de política-criminal adoptado para la configuración prevista en los artículos cuestionados, pero que *“la despenalización del narcotráfico no es un asunto que pueda ser resuelto en sede de control constitucional”* e involucra compromisos internacionales sobre la política en materia de drogas. En este sentido, indicó que en esta materia el Legislador *“es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de tipificación de conductas punibles y si el único límite que existe para el ejercicio de esa facultad está determinado por el sistema de valores, principios y derechos fundamentales previsto en el Texto Superior, el demandante no puede pretender que la Corte, a través de sus fallos, imponga el modelo de política criminal que ha de seguir el Estado pues sólo le está permitido confrontar con la Carta las normas legales que, habiendo sido demandadas, desarrollen ese modelo para retirar del ordenamiento aquellas que lo contraríen y mantener aquellas que lo respetan.”*

121. Agregó que (ii) el derecho a la libre autodeterminación no es absoluto y que la pretensión de despenalizar el narcotráfico desconoce que detrás de su persecución penal no solo se encuentra la salud pública, sino otros bienes e intereses para el Estado, como la seguridad pública y el orden económico y social. Asimismo, destacó que todas las personas tienen deberes, tales como no abusar de los derechos propios y actuar conforme al principio de solidaridad (Art. 95, numerales 1 y 2, CP), y que desde la Sentencia C-221 de 1994 es claro que la despenalización se predicaba del porte o conservación de sustancias estupefacientes para consumo, pero que el narcotráfico es penalizable. Por último, destacó que (iii) no se desconoce el derecho a la igualdad, en tanto no es aceptable equiparar las actividades mencionadas por actor; debiéndose reconocer que el Legislador no puede ver restringido su margen de acción en esta materia; *“en consecuencia, acceder a un juicio de igualdad, en relación con la penalización del narcotráfico, sería invadir por parte de la Corte, una competencia constitucional propia del Congreso de la República, que se reitera, está señalada expresamente por la propia Carta al Legislador para*

¹⁵⁹ En este apartado se hace énfasis en los cargos que resultan de utilidad para este análisis.

¹⁶⁰ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

que éste, en el marco de su potestad de configuración, pueda diseñar el sistema penal con arreglo a la política criminal que se la ha encomendado.”

122. La Corporación también señaló que no puede desconocerse que el Estado ha asumido una serie de compromisos internacionales dirigidos a la lucha contra el narcotráfico, regulación que justifica el trato diverso dado a las sustancias que pretende equiparar el accionante. En esta dirección, resaltó que a través de la Sentencia C-176 de 1994¹⁶¹ se efectuó el control de constitucionalidad sobre la Ley aprobatoria -No. 67 de 1993- y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, encontrando su sujeción a la Constitución, destacando entre sus mandatos la *“obligación adquirida por el Estado colombiano de tipificar como punibles ciertas conductas relacionadas con el narcotráfico.”*

123. Pese a que en este caso la demanda es contra el artículo 376 del Código Penal, luego de la reforma introducida por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, lo cierto es que, en lo fundamental, la tipificación recae sobre conductas similares, y los cargos, en el fondo, se dirigen a cuestionar la penalización de conductas que contribuirían a contar con un mercado regulado de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para garantizar la dosis de consumo personal; por lo cual, correspondía a los demandantes advertir esta situación con miras a despejar cualquier duda sobre la existencia o no de cosa juzgada en este caso, o, incluso de configurarse, a afirmar por qué era posible un nuevo análisis. Ahora bien, aunque la Sala Plena no desconoce que luego de la Sentencia C-689 de 2002 se efectuó una reforma constitucional, a través del Acto legislativo 02 de 2009, es relevante destacar que era a los accionantes en su momento, y no a esta Corporación ahora y de manera oficiosa, a quienes les correspondía desvirtuar por qué dicha variación en el parámetro de control presuntamente vinculado era relevante para este análisis.

124. De otro lado, también correspondía a los accionantes identificar por qué en este asunto tampoco recaía la figura de la cosa juzgada respecto del análisis efectuado en la Sentencia C-491 de 2012, objeto de estudio en el fundamento jurídico No. 62 y siguientes, en atención a que en dicha oportunidad sí hubo un pronunciamiento expreso sobre la constitucionalidad del artículo 376 del Código Penal luego de la modificación introducida en el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, y en vigencia del Acto legislativo 02 de 2009. Estas deficiencias, en consecuencia, se suman a aquellas indicadas previamente y conducen, en su conjunto, a concluir que la demanda presentada es inepta.

Síntesis de la decisión

125. La Sala Plena se ocupó de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 376 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, en virtud de la cual se solicita a la Corte Constitucional (i) declarar la existencia de una omisión legislativa relativa, o (ii) declarar una omisión legislativa absoluta o déficit de protección, o (iii) identificar una vulneración directa a la Constitución por el desconocimiento de los artículos 2, 13 y 49 de la Constitución Política, así como

¹⁶¹ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

de los artículos 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los demandantes fundaron sus pretensiones en dos premisas principales: por un lado, la existencia de un déficit de protección constitucional que se concreta, tras la despenalización del consumo de la dosis personal por la Sentencia C-221 de 1994,¹⁶² en la ausencia de regulación sobre la faceta de acceso, legal y seguro, a las diferentes sustancias, esto es, en la falta del marco regulatorio sobre la venta, ofrecimiento y adquisición de narcóticos; y, por otro lado, en el deber del Estado de prever y ejecutar las acciones que permitan la adquisición legal y segura de narcóticos, en garantía de los derechos a la vida, salud y seguridad personal.

126. Dentro del término de fijación en lista, se recibieron siete intervenciones, de las cuales: dos, las de Dejusticia y el ciudadano Julián Esguerra Cortes, se decantaron por solicitar de manera principal la inhibición de este Tribunal, por considerar que la demanda no formuló un cargo apto de constitucionalidad para promover una decisión de fondo. Esta apreciación fue compartida por el Ministerio Público en el concepto respectivo. Por su parte, dos intervenciones, las del Ministerio de Justicia y el Derecho y el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado, solicitaron declarar la exequibilidad de la disposición; mientras que las tres restantes, de la Corporación Acción Técnica Social y de los observatorios de derecho constitucional de las universidades Externado de Colombia y Libre, acompañaron las pretensiones de la demanda.

127. Por lo anterior, la Sala debió ocuparse de analizar la aptitud de los cargos formulados por los accionantes, concluyendo que ninguno satisfacía los requisitos argumentativos exigidos. Previo a este examen, la Corte reiteró su jurisprudencia en relación con el alcance dado a la reforma del artículo 49 promovida por el Acto legislativo 02 de 2009, con el objeto destacar que su enfoque fue de salud pública y se dirigió a combatir el consumo problemático de drogas como una enfermedad, e igualmente reiteró que con la prohibición allí establecida no se volvió a la penalización del consumo de la dosis personal ni se proscribieron otras conductas no asociadas a un problema de salud. A continuación, la Sala se refirió al alcance dado tanto por esta Corporación, como por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al artículo 376 del Código Penal, con el objeto de evidenciar que la única conducta, referida a los verbos rectores allí previstos, que está despenalizada es la del porte o conservación de sustancias estupefacientes o psicotrópicas que tienen por objeto el consumo personal.

128. Precisado lo anterior, y teniendo en cuenta la configuración del cargo por omisión legislativa relativa, la Sala concluyó que el cargo no satisfizo los requisitos de especificidad, pertinencia y suficiencia. De *especificidad*, porque los accionantes (i) no lograron explicar y justificar la existencia de un deber

¹⁶² M.P. Carlos Gaviria Díaz. Con la despenalización, afirman los demandantes, se concretó la faceta negativa -en garantía principal del derecho a la autodeterminación- del consumo de la dosis personal de drogas, la cual se concreta en la imposibilidad para el Estado de perseguir, juzgar y sancionar esta conducta. No obstante, la faceta prestacional -en garantía de los derechos a la vida, salud y seguridad personal- no se ha previsto, en particular, no se ha proferido el marco normativo que permita la venta, ofrecimiento y adquisición de narcóticos.

presuntamente incumplido por el Legislador al momento de configurar el tipo penal cuestionado; y (ii) tampoco justificaron la existencia de razones que permitan llegar a la afirmación de que existe un trato desigual entre dos grupos: de un lado, quienes usan drogas y su consumo no es problemático y, del otro, quienes usan drogas bajo el amparo de una prescripción médica. No se cumple el requisito de *pertinencia*, en razón a que se invocan argumentos de conveniencia para sustentar la acción y, finalmente, no se cumple el criterio de *suficiencia* porque no se aportan los aspectos jurídicos y probatorios para generar una mínima duda de inconstitucionalidad por este motivo.

129. Finalmente, se indicó que la Corte es incompetente para conocer omisiones legislativas absolutas y que el cargo por violación directa a la Constitución padecía de los mismos reparos advertidos frente al cargo inicialmente analizado.

En virtud de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE

Único. Inhibirse de proferir una decisión de fondo sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Francisco Javier Lara Sabogal y Alfy Smile Rosas Sánchez contra el artículo 376 (parcial) del Código Penal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO
Magistrada
Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA
MAGISTRADA
Con aclaración de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada

HERNÁN CORREA CARDOZO
Magistrado (E)
Con aclaración de voto

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General