

AVANCES DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ADVANCES
AVANÇOS DA PESQUISA

El activismo judicial en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los toxicómanos en Colombia*

John Eric Rhenals Turriago**

Recibido: 19 de Septiembre de 2013 • Revisado: 8 de octubre de 2013 •

Aprobado: 20 de octubre de 2013

No nacemos iguales; llegamos a ser iguales como miembros
de un grupo sobre la base de la solidez de nuestra decisión de
garantizarnos mutuamente derechos iguales.

Hannah Arendt

Resumen

Desde hace varias décadas Colombia es reconocida como una de las naciones más afectadas por el fenómeno del narcotráfico, situación que conllevó a la creación de imaginarios sociales y hábitos culturales que han justificado las políticas de represión y control al consumo. Atendiendo, en especial, los intereses capitalistas de los Estados Unidos de Norteamérica, quienes se ven afectados por la fuga de capital que el comercio mundial de este tipo de sustancia ha creado, y cuya dinámica no visibiliza su decrecimiento. Sin embargo, en los últimos años Colombia pasó de ser un país exportador ilegal de drogas, a uno consumidor, afectando notablemente

* Artículo de investigación.

** Docente investigador del proyecto. Abogado especializado en Derecho Procesal Civil de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Magister en Derecho de la Universidad del Norte. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura de Colombia. Catedrático titular en las diferentes ramas del Derecho en materia civil, comercial, empresarial, constitucional, y especialmente en Derechos Humanos y Fundamentales. Ha participado en diferentes proyectos de investigación en las áreas del derecho constitucional y las políticas públicas, así como exponente internacional en las mismas temáticas. Miembro del Instituto Colombiano de Derechos Humanos.

sus generaciones presentes y futuras; solo a partir de esta crisis, el modelo político y constitucional empieza a preocuparse por los derechos humanos y fundamentales de los toxicómanos. El presente artículo pretende exponer las dicotomías que existen entre el modelo de un Estado Social de Derecho y la marcada tendencia constitucional que con el activismo judicial de sus jueces no ha logrado, pese a sus reiterados pronunciamientos, penetrar en un esquema político todavía excluyente, preocupado por incorporar modelos extranjeros, que ni siquiera presentan la legitimación y validez de los principales afectados, garantizando su fracaso, si no se logra de una vez por todas reconocer que el sujeto político y el operador de justicia deben ser reeducados en valores que terminen por humanizar y dignificar a todos aquellos que viven directa e indirectamente las consecuencias de estas conductas.

Palabras clave: Activismo judicial, políticas públicas, dignidad humana y humanización, legitimidad, validez y eficacia.

LEGAL ACTIVISM FOR THE RECOGNITION OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF DRUG ADDICTS IN COLOMBIA

Abstract

Colombia is recognized as one of the nations most affected by the phenomenon of drug trafficking for decades, a situation that has led to the creation of imaginary and cultural habits that have long justified the policies of repression and control consumption. Especially, serving capitalist interests of the United States of America, who are mainly affected by capital flight that world trade in this type of substance created, and whose dynamics makes visible not their decline. However, in recent years Colombia went from being a country illegally exported drug consuming country becoming a phenomenon that significantly affects the future of present and future generations from being one of these crises that the political and constitutional model has begun concerned about human rights and fundamental of this population. This article intends to explain the dichotomies between the model of a rule of law, a constitutional tendency thanks to judicial activism of judges, which has failed despite repeated pronouncements still penetrate exclusionary political scheme, concerned incorporate foreign models suffer even legitimacy and validity of the key stakeholders, ensuring the failure of the same, if not achieved once and

for all to recognize that the political subject and operator must be re-educated in justice ending values to humanize and dignity to those who depend directly or indirectly the consequences of these behaviors

Keywords: Judicial activism, public policies, human dignity and humanization, legitimacy, validity and effectiveness.

ATIVISMO JUDICIÁRIO EM RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS VICIADOS EM DROGAS NA COLÔMBIA

Resumo

Colômbia é reconhecido como um dos países mais afectados pelo fenómeno do tráfico de drogas ao longo de décadas, e isso levou à criação de imagens sociais e hábitos culturais que justificaram tempo as políticas de repressão e controle de consumo. Especialmente, atendendo os interesses endinheirados dos Estados Unidos que são afetadas principalmente pela fuga de capitais que o comércio mundial desse tipo de substância criada, e cuja dinâmica não tornar visível a sua diminuição. No entanto, nos últimos anos, a Colômbia deixou de ser um país exportador de droga ilegal, tornando-se um fenómeno de país consumidor que afeta significativamente as suas gerações presentes e futuras de ser único essas crises que o modelo político e constitucional começou a se preocupar com violadores dos direitos humanos e fundamentais. Este artigo tem como objetivo explicar as dicotomias entre o modelo de um Estado de Direito, com uma forte tendência constitucional graças ao ativismo judicial dos juízes, o que não foi alcançado apesar dos repetidos pronunciamentos penetrar um sistema político ainda exclusivo, preocupado com modelos estrangeiros não incorporam ainda tem a legitimidade e validade dos principais interessados, assegurando o fracasso da mesma, se não for alcançado uma vez por todas reconhecer que o sujeito político e operador de justiça deve ser reeducados para acabar com os valores humanizar e dignificar aqueles que vivem direta e indiretamente as conseqüências destes comportamentos.

Palavras-chave: Ativismo judicial, as políticas públicas, a dignidade humana ea humanização, legitimidade, validade e eficácia.

Introducción

Este artículo es resultado del informe final de la investigación referida a la dignificación de las políticas públicas en el Distrito de Cartagena de Indias en materia de toxicomanía¹, del proyecto internacional de investigación adelantado entre la Universidad de San Buenaventura de Cartagena de Colombia y la Federación Internacional de Universidades Católicas (FIUC). Los resultados de esta investigación socio-jurídica constituyeron la oportunidad de abordar integralmente las tensiones que resultan entre la justicia constitucional y las políticas públicas que procuran hacer efectivos los derechos supraleales de la población².

1. El activismo judicial en el desarrollo constitucional de Colombia

En el área del derecho constitucional es de reiterada mención el denominado gobierno de los jueces o activismo judicial, para describir una serie de actividades desplegadas por los diferentes tribunales constitucionales desde los años veinte a la fecha. Morello (1989) considera activismo judicial a “la creatividad de las sentencias, al protagonismo del tribunal y al aggiornamento del servicio de justicia”. Puede decirse entonces, que existe este proceso progresista cada vez que los magistrados hacen interpretaciones novedosas sobre el texto constitucional y con esto, envían algún tipo de mensaje a los poderes del Estado y a la sociedad en general. Este tipo de práctica puede llegar a repercutir considerablemente en la esfera social, ya que tiende a ser fuente inspiradora del dictado de nuevas leyes o de la adhesión de jueces inferiores en el dictado de sus sentencias.

¹ Proyecto de investigación con un artículo previo, producto de un informe de avance y titulado La imperiosa necesidad de dignificar las políticas públicas en materia de toxicomanía en el Distrito de Cartagena, publicado por la *Revista Advocatus* ISSN: 0124-0102 ed: Departamento De Publicaciones Universidad Libre de la ciudad de Barranquilla. Disponible en: <http://www.unilibrebaq.edu.c>

² Por estas razones, y debido al compromiso inter y transdisciplinar que representa este problema político, jurídico y social, las propuestas del texto no se limitaron a la clásica dogmática jurídica, por el contrario, tienden a reconocer que la ciencia jurídica *per se* no es suficiente para encontrar las soluciones a una problemática de carácter penal y constitucional, y que lleva a replantear las tradicionales teorías acerca de la consciencia de un individuo que socialmente debe interactuar para promover consciencia colectiva y por ende, política.

Ampliando el espectro de análisis, Escobar (2004) precisa que la idea del activismo judicial viene ligada estrechamente al concepto de Constitución y por ende, al papel que desempeñan los jueces dentro de cada Estado y a la eficacia y reconocimiento social del que gozan los parlamentos y las leyes que expiden. Antes, la Constitución pertenecía a la esfera política y no al derecho, ya que las normas jurídicas no eran determinantes, encontrándose por encima de ella, la ley era soberana. Luego, en función a una visión más moderna, la Constitución se introduce en el ordenamiento jurídico como una norma jurídica que es aplicable a través de un sistema de garantías y de la justicia constitucional, afectando y determinando en consecuencia, lo político y lo social³.

Buscando sustentar nuestro análisis, partiendo de un debate trilemático (las fracturas entre lo político, lo jurídico y lo social), encontramos que la filosofía política nos permite fundamentar una visión crítica del proceso constitucional. De acuerdo con Mejía (2006, p. 59),

Habermas ha mostrado cómo la figura del Estado Social de Derecho tiene cuatro supuestos: un estado-nación con presencia territorial homogénea. Un estado-fiscal, fundado en lo anterior, que garantice una viabilidad económica mínima sin la cual no es posible, un estado-democrático fundado en una legitimidad popular suficiente, y finalmente, una concepción simbólica de pueblo que garantice la solidaridad de la población en general. Solo sobre una base tal puede desplegarse la figura del Estado Social. La pregunta que se impone es: ¿cuando no existen esas condiciones, qué es lo que en realidad se está propiciando? Lo que se propicia es la imposición de una estructura ideológico-represiva de control, una figura de manipulación política para lograr el apoyo ciudadano que una Constitución de mayorías, no de consenso político nacional, requería para ser mínimamente legitimada por el conjunto de la ciudadanía.

³ Este fenómeno es tan importante para la validación de nuestros supuestos, que en su esencia y desarrollo promueve el “debilitando del clásico imperio de la ley”. Las decisiones adoptadas por el legislador democrático pierden su carácter absolutista cuando en el control suprallegal, el juez de instancia verifica y argumenta, en su función de velar por la supremacía de la Carta Política, que la ley de turno desconoce los principios y garantías del rango constitucional, lo que le confiere, inclusive, la facultad de anular su efecto y alcance, mediante una declaración de inconstitucionalidad por acción o por omisión. Preciado este contexto, surgen dos importantes cuestionamientos que nos permiten decantar y justificar la importancia de nuestro enfoque investigativo, dada la necesidad de articular la relación trilemática, que Mejía et al. define como abordar la relación problemática entre las dimensiones ontoepistemológicas de la legitimidad, como categoría de la filosofía moral y la filosofía política, la validez como concepto propio de la teoría del derecho y la eficacia, en cuanto categoría de la sociología jurídica.

Así las cosas, para definir la relación entre justicia constitucional y políticas públicas, se hace necesario formular otro cuestionamiento

¿Cuál es la legitimidad que tienen las sentencias activistas de los tribunales constitucionales para que prevalezcan sobre el legislador en la decisión, acerca de la mejor forma de preservar derechos sociales o económicos, en la medida en que ya el legislador o un poder administrativo con respaldo democrático mayoritario ha considerado que las medidas que deberían tomarse son distintas? (Escobar, 2004, p. 221).

Valiéndonos de lo concluido por Nino (citado en Escobar, 2004, p. 121), podemos observar que ambos interrogantes confluyen a un mismo escenario cuando se señala a la democracia, y que se determina

a través de la discusión y de la decisión mayoritaria que es inherente al proceso democrático, consigue un valor epistemológico, es decir, es una vía apta para llegar a soluciones que tienen mayor probabilidad de ser moralmente correctas que las soluciones que se dictan mediante otros procedimientos. [Esto significa que] la discusión generalizada, amplia, abierta y la decisión mayoritaria promueven procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento de los hechos relevantes, porque hace que todos o una buena parte de la población hagan conocer a través del proceso democrático cuáles son sus intereses y que haya una tendencia a tomar esos intereses en cuenta para lograr formar coaliciones mayoritarias y que esas coaliciones no se rompan bajo la presión de otros grupos. (...) De esta justificación de la democracia, surge una limitación a los órganos mayoritarios y es en esa limitación donde juegan un papel importante los jueces, a través de mecanismos como el control de constitucionalidad⁴.

⁴ La tendencia a la jurisdiccionalidad constitucional se explica por la crisis de legitimidad del positivismo de la ley, de la presunción de racionalidad del sistema liberal, y del Estado de derecho ante la creciente complejidad social. Es en ese contexto, en donde las decisiones de la Corte Constitucional, en lógica consecuencia con el modelo adoptado, se han ido apartando del modelo jurisdiccional garante y guardián de presuntos valores constitucionales estables y relativamente permanentes para convertirse en mediador y moderador de conflictos sociales, y principalmente, de aquellos que no encuentran solución en las sedes institucionales de la formación de la voluntad política, transformando así la función de control constitucional en la de legislador positivo, paralelo y complementario del parlamento.

Lo dicho, sin temor a equívocas nos permite concluir que las sentencias de carácter interpretativo, como resultado directo del activismo judicial, donde el operador de justicia procura como juez Hércules⁵ a solución progresiva de gran número de problemáticas sociales, que tienen como fuente la ineficacia del poder legislativo para prescribir disposiciones que ayuden a la regulación de la sociedad o de la inoperancia del poder ejecutivo quien no tramita debidamente los proyectos necesarios para la consecución de los fines estatales, de conformidad a lo consignado en la Constitución Política.

2. El modelo constitucional colombiano

Inicialmente, para el estudio de este tópico, es importantes establecer los tipos de modelos constitucionales que para Saffon y García-Villegas (2011) se reducen a dos patrones: las constituciones preservadoras y las constituciones aspiracionales. Las primeras, propias de los pasajes políticos y sociales en los que se han garantizado condiciones básicas de progreso social y estabilidad institucional, o en contextos en los cuales una Revolución política ha sentado las bases para tales cambios estructurales. Por lo tanto, estas constituciones tienden a proteger o preservar tales condiciones y a evitar que una historia de abusos que se ha superado antes vuelva a ocurrir.

En tanto que, las constituciones aspiracionales⁶ se desarrollan, en general, en escenarios donde existe una gran insatisfacción con el presente, una protección muy débil de los derechos sociales y una fuerte creencia en la posibilidad de alcanzar un futuro mejor a través del derecho constitucional. Esta categoría de cartas políticas

⁵ El concepto de juez Hércules fue acuñado por el jurista Ronald Dworkin. El juez Hércules es aquel que conoce no solo la ley, sino también los principios jurídicos de cada sociedad, basados en su historia, su cultura, su filosofía, su idiosincrasia, y en general, su sociedad. El juez Hércules es aquel operador jurídico que basa sus fallos en el tenor literal de la norma y en su contexto, en sus fines, y determina por esto las consecuencias de las sentencias que dicta; el poder de los jueces, en el que estos funcionarios fallan como máquinas jurídicas pensando en su función política y social.

⁶ Según Saffon y García Villegas (2011): Las constituciones aspiracionales son comunes en sociedades periféricas o semiperiféricas. Sunstein (1993) sostiene que hay dos tipos de constitucionalismo en el mundo: uno del Norte y de Occidente, y otro del Sur y del Oriente. En estos últimos son muchas las necesidades insatisfechas, pero también las esperanzas puestas en la capacidad del derecho de satisfacerlas en el futuro. Esto es especialmente cierto en el caso de América Latina, donde la concepción del derecho –y de la Constitución en particular– como un producto de la voluntad del pueblo capaz de transformar el contexto sin restricciones es una herencia del pensamiento rousseauiano francés y de la tradición revolucionaria.

busca obtener logros trascendentales y de máximo alcance, e implica, por consiguiente, la vigencia de una gran brecha entre el texto constitucional y la realidad social que tienen por objeto regular. Entre estas metas ambiciosas, la aplicabilidad de los derechos constitucionales en general y de los derechos sociales en particular es un asunto central. En consecuencia, estos derechos son tratados como normas jurídicas y por eso deben ser protegidos. El riesgo con estos documentos es que de manera usual, son promulgados en naciones donde previamente no ha sucedido ninguna revolución política o social. En tales eventos, es muy posible que la Constitución se convierta más bien en un texto simbólico. Pero igualmente es posible –sobre todo cuando la Constitución ha establecido una Corte Constitucional fuerte– que los jueces se tomen en serio la obligación constitucional de proteger los derechos sociales y que obliguen al parlamento y al ejecutivo a hacerlo también. Una consecuencia de esto es que a menudo surjan conflictos interinstitucionales entre los jueces constitucionales y los órganos políticos⁷.

El recuento teórico constitucional nos da el suficiente piso jurídico y social para afirmar que la Constitución colombiana vigente es un perfecto caso de una Carta Política aspiracional, habiendo desarrollado un importante nivel de eficacia⁸, afronta distintas dificultades que restringen sus posibilidades de producir cambios sociales. Limitaciones relacionadas con varios factores que caracterizaron el proceso constituyente: la ausencia de una revolución previa o de un partido político triunfante, el subsecuente déficit de voluntad política para desarrollar el proyecto constitucional emancipador, la existencia de un fuerte activismo judicial en derechos sociales, los conflictos interinstitucionales y los debates políticos que se han derivado de dicho activismo⁹. Finalmente, la bitácora política de 1991, de acuerdo con Saffon y

⁷ La voluntad política de los agentes estatales, así como la movilización social de la población a favor del texto constitucional, son fundamentales para que las constituciones aspiracionales se materialicen y efectivamente produzcan cambios sociales. De igual forma, se requiere también una cultura jurídica que favorezca la protección de los derechos. Esto se debe a que las metas ambiciosas de estas constituciones hacen que su desarrollo legal o jurisprudencial sea una condición necesaria pero no suficiente para su aplicación efectiva. (Saffon y García Villegas, 2011).

⁸ No olvidemos que al referirnos a la noción de eficacia en términos de la problemática trilemática, la estamos relacionando con su aspecto sociológico.

⁹ Esto tiene total coherencia, si tenemos en cuenta que, como afirmó Buenahora (citado en Saffon y García Villegas, 2011), la promulgación de la Constitución de 1991 no fue el resultado de una revolución previa o del triunfo de un nuevo partido político. Fue más bien el producto de un intento consensuado de confrontar una profunda crisis política causada por la corrupción política y la violencia. Así, el objetivo principal de la Asamblea Constituyente de la cual emergió la Constitución fue ampliar la democracia. La composición pluralista de la Asamblea contrastó con la tradicional dominación bipartidista del

García Villegas (2011), terminó siendo un texto esencialmente aspiracional, tanto en sus objetivos como en sus contenidos. Cuya orientación fue aportar a la historia colombiana un nuevo modelo de sociedad con marcadas directrices ideológicas que agregaron:

la ampliación de los mecanismos de participación, el logro de la justicia social y la igualdad, y la protección y garantía efectiva de un amplio conjunto de derechos constitucionales. Para poder alcanzar estas metas, la Constitución incorporó una generosa carta de derechos compuesta por derechos civiles y políticos, así como por derechos sociales, económicos y culturales, y derechos colectivos y del medio ambiente. (p. 86).

¿Qué sucedió con el cumplimiento de estos ideales y realidades, si las directrices eran tan ambiciosas y claras? Según el análisis elaborado por Saffon y García-Villegas (2011), las evidencias apuntan a justificar que posterior a la publicación de la Constitución, la mayoría de los actores sociales y políticos que fueron los protagonistas principales de la Asamblea Constituyente se dispersaron y debilitaron.

En consecuencia, las instituciones políticas y en particular el Congreso no estuvieron conformadas por personas verdaderamente comprometidas con las metas de la Constitución de instaurar en el país un Estado social de derecho y de lograr una sociedad incluyente. Perdiéndose, la continuidad de los propósitos, y la transición generacional de los originales idealistas del proceso. (p. 86)¹⁰.

Esto explica en síntesis el fundamento de la hipótesis de trabajo formulada y que con las observaciones precedentes, hemos comenzado a validar positivamente a favor de nuestros objetivos y conclusiones; conjetura que se desarrolla siguiendo

sistema político. Varios sectores sociales y políticos que habían sido tradicionalmente excluidos pudieron participar activamente en el proceso de elaboración de la nueva Constitución: miembros de guerrillas desmovilizadas, minorías políticas y religiosas, pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y movimientos estudiantiles, entre otros, formaron parte de la constituyente.

¹⁰ Para Saffon y García Villegas (2011, p. 86), en cierta medida, esta falta de compromiso de los actores políticos con las promesas sociales de la Constitución se explica por el texto constitucional mismo: en la Constitución hay una clara tensión entre las cláusulas económicas neoliberales y las promesas sociales, y muchos actores han terminado favoreciendo las primeras en detrimento de las segundas. En los primeros años de la década de los noventa, el gobierno colombiano inició –con el apoyo de agencias económicas internacionales– la implementación de una estrategia de liberalización económica.

la teoría propuesta por Mejía (2006) a partir de diversos planteamientos de la interpretación jurídica y que esboza en tres horizontes de relación trilemática. Primero, la perspectiva política y sociológica de Max Weber del problema de la legitimidad del ordenamiento jurídico-político, segundo, la perspectiva teórico-jurídica de Kelsen y Hart sobre el problema de la validez del sistema jurídico, y tercero, la perspectiva sociológica de Parsons, Foucault y Lyotard sobre la dimensión de eficacia del sistema social.

Como consecuencia directa de estas tensiones, se forjó una relación tirante entre la Constitución normativa o aspiracional (compuesta por el texto, los valores y los derechos establecidos en la Carta) y la Constitución real (que consistía en las relaciones entre las fuerzas políticas), la cual se tradujo en un conflicto interinstitucional entre los actores políticos y la Corte Constitucional (Saffon y García Villegas, 2011, p. 87).

Situación que continua vigente, dando una plausible justificación al juez Hércules que busca solucionar, por su actividad innovadora y crítica, la fractura entre el Estado constitucional, la responsabilidad política en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, y el reconocimiento de la dignidad humana como principio y derecho¹¹.

3. El activismo judicial en los Derechos Humanos y Fundamentales de los toxicómanos en Colombia: entre el Derecho a la salud y el Libre desarrollo a la personalidad (Dosis para el uso personal)

Para entender la corriente del activismo judicial en función de la teoría del problema trilemático, cuya validación exponemos, y establecer las posibles soluciones a las tensiones que resultan entre la justicia constitucional y las políticas públicas

¹¹ Esta hipótesis nos permite señalar, llevando su aplicación a la realidad nacional y pese a los más de 300 artículos bien concebidos de nuestra Carta suprallegal, la innegable desarticulación entre la justicia constitucional y la responsabilidad política del Estado colombiano, generada a partir de la pobre o nula intervención de las cláusulas sociales de la Constitución, que requerían mayor intervención estatal para redistribuir la riqueza. *A contrario sensu*, el gobierno implementaba políticas que apuntaban a reducir la intervención del Estado, de forma tal que fueran las fuerzas del mercado las que asignaran los recursos.

en materia de toxicomanía en Colombia, identificaremos los aportes del juez constitucional en el reconocimiento de los Derechos Humanos y Fundamentales de la toxicómanos a partir de dos escenarios, el Derecho a la salud y el Derecho al libre desarrollo a la personalidad o autodeterminación respecto al uso y porte de la denominada “dosis mínima”.

4. Evolución de las líneas de jurisprudencia de los derechos fundamentales, y la concepción de una política pública para drogodependientes en Colombia

La jurisprudencia constitucional empezó, de manera gradual, a adquirir mayor peso como fuente principal y ya no auxiliar, en la toma de decisiones judiciales¹². En nuestro medio, el órgano que ha liderado la incorporación de la obligatoriedad del precedente como fuente es la Corte Constitucional, que en los más de 18 años de funcionamiento a pesar de los avatares de su operabilidad, ha consolidado toda una doctrina sobre el seguimiento de los antecedentes jurisprudenciales, a pesar de la oposición de otras corporaciones judiciales y la no aceptación por ciertos miembros de este Alto Tribunal¹³.

El sistema jurídico ha venido asimilando la importancia del precedente judicial¹⁴ por argumentos tales como: 1. La coherencia del sistema jurídico; si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar; 2. Su estabilidad –la estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo

¹² A partir de la Constitución de 1991, el Tribunal supralegal de Colombia ha debido asumir la importante tarea de desarrollar la jurisprudencia que hace prevalecer los principios, los valores y los derechos consagrados en la Carta Política. Por su radical incidencia, a través de precedentes judiciales en los escenarios políticos, sociales y económicos, ha permitido la materialización de los derechos fundamentales constitucionales, logrando posesionarse ante la población desprotegida del país como el único ente capaz de satisfacer las demandas de la sociedad.

¹³ Como evidencia de este proceso, nos permitimos citar la sentencia T – 676 del 17 de agosto de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), en la que el magistrado Nilson Pinilla expresa su desacuerdo en relación con la obligatoriedad del precedente y presenta como argumento lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta Magna.

¹⁴ En Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, el propio Tribunal Constitucional nacional define el precedente como aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada al momento de dictar sentencia.

de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos y la uniformidad de su aplicación-; y 3. El respeto del principio de igualdad –el derecho debe tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros-.

De esta manera, mediante la Sentencia C-221 de 1994, considerada en nuestro criterio como la fundadora de la línea de los Derechos Fundamentales del consumidor, en lo que refiere a la exequibilidad y alcances de la dosis personal¹⁵, en lo concerniente a la metodología que debe adoptarse por el legislador frente al consumidor para prescribir la forma en que este debe comportarse con otros, pero no la forma en que debe comportarse consigo mismo, en la medida en que su conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie. La hermenéutica utilizada por el juez constitucional, en esta providencia fue efectuada a partir de la ley 30 de 1986 respecto del artículo 49 de la Carta Política, que a su vez dispone: Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Como resultante del anterior análisis, respecto a la conducta delictiva de un toxicómano, del derecho fundamental a la salud y de la afectación social de tales comportamientos, el juicio constitucional concluyó los siguientes precedentes:

- 1). El Estado colombiano se asume (en tanto que sujeto pretensor) dueño y señor de la vida de cada una de las personas cuya conducta rige y por eso, arrogándose el papel de Dios, en la concepción teológica, prescribe, más allá de la órbita del derecho, comportamientos que solo al individuo atañen y sobre los cuales cada persona es dueña de decidir.
- 2). Toma en consideración las consecuencias, frente a otros, de la conducta individual y por esa razón la hace objeto de regulación jurídica, v.gr.: la situación de desamparo en que puede quedar la familia del drogadicto; la privación a la comunidad de una persona potencialmente útil; el peligro que para los demás puede entrañar la conducta agresiva desatada por el consumo de las sustancias indicadas en la ley¹⁶.

¹⁵ Para Olano (2004, p. 586) estos tipos de sentencias son usualmente muy pretenciosas en materia doctrinaria y en las que se hacen grandes recuentos de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio. Son, por sus propósitos, sentencias eruditas, a veces ampulosas y casi siempre largas, redactadas en lo que Llewellyn llamaba *grand style*. Se apoyaban en el vacío jurisprudencial existente para consagrar visiones reformistas de la sociedad colombiana.

¹⁶ Delimitado el horizonte de las posibilidades hermenéuticas, empezando por la última de las alternativas hermenéuticas relacionadas, en su orden el análisis constitucional concluye en la sentencia C-221 de 1994 que: (...) dentro de un sistema penal liberal y democrático, como el que tiene que desprenderse de una Constitución del mismo sello, debe estar proscrito el peligrismo, tan caro al

Y finalmente, la sentencia determinó como doctrina constitucional:

Queda, entonces, como única interpretación plausible la que se enunció en primer término, a saber: que se trata tan solo de la expresión de un deseo del constituyente, de mera eficacia simbólica, portador de un mensaje que el sujeto emisor juzga deseable, pues encuentra bueno que las personas cuiden de su salud, pero que no puede tener connotaciones normativas de orden jurídico en general, y muchísimo menos de carácter específicamente punitivo. Esto porque, tal como se anotó al comienzo, no es posible hablar de sujeto pretensor de este deber, sin desvirtuar la Carta Política actual y la filosofía liberal que la inspira, determinante de que sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles.

Luego de este precedente, el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez presentó el Proyecto del Acto Legislativo número 285 del 2009 a fin de penalizar el porte de dosis personal, entre los argumentos de ese proyecto se encontraba el problema de salud que debe afrontar el Estado para rehabilitar a los consumidores de drogas estupefacientes.

Después de haberse logrado, por primera vez, una interpretación constitucional como parte del activismo judicial referida a la condición del individuo, el citado proyecto nos hacía volver a lo que Peele (1996) ha identificado como uno de los modelos predominantes de políticas de drogas en el mundo, el modelo de enfermedad/represión, el cual constituye la perspectiva predominante en las políticas

positivismo penal, hoy por ventura ausente de todos los pueblos civilizados. Porque a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace. A menos que el ser drogadicto se considere en sí mismo punible, así ese comportamiento no trascienda de la órbita más íntima del sujeto consumidor, lo que sin duda alguna es abusivo, por tratarse de una órbita precisamente sustraída al derecho y *a fortiori*, vedada para un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica. Con razón ha dicho Thomas Szasz, crítico agudo de lo que pudiéramos llamar el totalitarismo psiquiátrico: En una sociedad de hombres libres, cada uno debe ser responsable de sus actos y sancionado como tal. Si el drogadicto comete un crimen, debe ser castigado por ese crimen, no por ser drogadicto (...). Respecto a la penúltima opción, el juez de constitucionalidad infringió: (...) Pero si, moderando la perspectiva, asumimos que no se trata de un Estado omnímodo, con pretensiones de injerencia en las más íntimas decisiones del sujeto destinatario, sino de un Estado paternalista y protector de sus súbditos, que conoce mejor que éstos lo que conviene a sus propios intereses y hace entonces obligatorio lo que para una persona libre sería opcional, por esa vía benévola se llega al mismo resultado inadmisibles: la negación de la libertad individual, en aquel ámbito que no interfiere con la esfera de la libertad ajena.

internacionales implementadas por los Estados Unidos, basándose en el supuesto de que las drogas que causan adicción tienen como consecuencia un comportamiento sin control y son la causa directa del exceso social y criminal. Por lo tanto, de acuerdo con este modelo de políticas, las drogas deberían ser ilegales y los usuarios de drogas considerados como delincuentes y deberían ser castigados por consumir.

La misma providencia, fue el medio que el Tribunal Constitucional utilizó para sentar su doctrina de “La sanción (o tratamiento) por el consumo de droga y el libre desarrollo de la personalidad”. Como a reglón seguido se establece en estos apartes¹⁷:

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 solo a la persona atañen. Para dilucidar *in toto* la constitucionalidad de las normas que hacen del consumo de droga conductas delictivas, es preciso relacionar estas con una norma básica que, para este propósito, resulta decisiva. Es el artículo 16 de la Carta, que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Lo hace en los siguientes términos:

Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. Solo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen.

Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Si la persona resuelve, por ejemplo, dedicar su vida a la gratificación hedonista, no injerir en esa decisión mientras esa forma de vida, en concreto, no en abstracto, no se traduzca en daño para otro. Podemos

¹⁷ Hay que advertir también, que en la construcción de esta línea jurisprudencial en lo referente al estudio del precedente judicial sobre el tratamiento de la drogadicción en Colombia, esta sentencia estableció otro lineamiento frente a los institutos de libertad, droga y educación:(...) La educación tiene por destinatario, idéntico sujeto que el derecho: el hombre libre. Los shocks eléctricos, los cortes quirúrgicos y los tratamientos químicos no educan, inducen conductas irresistibles y, en esa medida, niegan brutalmente la condición moral del hombre, que es lo único que nos distingue de los animales. No puede, pues, un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada, y eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada.

no compartir ese ideal de vida, puede no compartirlo el gobernante, pero eso no lo hace ilegítimo. Son las consecuencias que se siguen de asumir la libertad como principio rector dentro de una sociedad que, por ese camino, se propone alcanzar la justicia.

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

En el mismo orden de precedentes, especialmente refiriéndose al proceso de formación integral y de los derechos de estudiantes incurso en drogadicción, el Tribunal nacional desarrolló la doctrina de la educación (Derecho Fundamental) como proceso formativo esencial para el desarrollo integral del individuo y su convivencia en sociedad. Como consecuencia, la Sentencia T-407 de 1996, donde estudió profundamente la negativa del Consejo Directivo de un colegio demandado, por no autorizar el reintegro de un estudiante cuyo cupo había sido suspendido por presentar problemas de drogadicción. El criterio doctrinal elaborado fue:

(...) Universalmente se acepta que el adicto a las drogas es un enfermo, y que como tal, si aspira a mejorar su condición habrá de someterse a tratamientos dirigidos por especialistas; en dichos tratamientos juegan un papel fundamental la familia y el grupo social en el que el enfermo se desenvuelve, pues su recuperación en gran parte depende del apoyo y la ayuda de las personas que lo rodean. Está comprobado que la represión en nada contribuye a que el enfermo drogadicto supere su problema, al contrario, existe consenso sobre la importancia de que las personas afectadas, que por lo general se aíslan o son aisladas, se reincorporen a sus familias, a sus círculos de amigos y a sus actividades en la sociedad, pues solo de esa manera tendrán posibilidades de superar los problemas que los llevan al consumo de drogas, de ahí que los tratamientos terapéuticos que se utilizan, en su gran mayoría, contemplen la reincorporación del enfermo como una etapa complementaria y definitiva en el tratamiento, sin la cual cualquier esfuerzo sería perdido.

(...) De lo anterior es viable concluir, que la imposición a un alumno drogadicto en tratamiento, para aceptar su reintegro a un establecimiento educativo, de una condición cuyo cumplimiento es médicamente imposible, la garantía de su recuperación total y absoluta, es violatoria de su derecho fundamental a la educación,

en cuanto se le niega definitivamente el acceso a la educación en ese plantel, al supeditarlo al cumplimiento de un presupuesto que objetivamente no se puede dar. (Énfasis añadido por el autor).

Verifíquese cómo en esta sentencia se procura la “dignificación del consumidor” entorno a los procesos y a los aspectos que componen un proceso integral de educación, así como la corresponsabilidad de varios actores, familia, sociedad, Estado y los propios planteles educativos¹⁸. A pesar, de que asimila la drogadicción como enfermedad, aclarando en pie de página la providencia que se habla de la droga como de una enfermedad; pero lastimosamente dicha enfermedad no puede ser abordada solamente con servicios médicos para el momento de crisis y con terapias de apoyo, sino, vale recalcar, que se debe contar paralelamente con una estrategia social para lograr el impacto esperado. (Programa de cooperación bilateral entre el Gobierno de Italia y el Gobierno de Colombia.) Se demuestra la necesidad de dignificar al individuo incurso en este mal, reconociendo los alcances de libre desarrollo de la personalidad.

Determinado el escenario respecto a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación del toxicómano, el desarrollo de estas teorías, permitieron afrontar el asunto más importante del problema entorno a la dignificación de los consumidores, la problemática de la salud como derecho fundamental.

En distintas oportunidades, la Corporación se había pronunciado acerca del derecho a la salud y su estrecha relación con el principio de dignidad humana y con el derecho a la vida. Siendo amplia la línea jurisprudencial sobre el tema, en ella se ha expuesto que aunque la salud es un derecho de tipo prestacional por el desarrollo legislativo, presupuestal y estructural que requiere para su efectiva realización, en ocasiones, es posible exigir su protección inmediata a través de la acción de tutela.

El Tribunal de lo constitucional determinó que dados los fines esenciales del Estado y los principios fundantes de este (artículos 1 y 2 CP), el concepto de persona comprende aspectos materiales, físicos, biológicos, espirituales, mentales y psíquicos, haciendo hincapié en que el este último atiende al mismo nivel de protección que el físico, por cuanto, como se dijo en Sentencia T-248 de 1998:

¹⁸ Esta precedente establecido por la Corte Constitucional, abarca en su dimensión más profunda la articulación trilemática, que desde el principio del desarrollo de esta investigación hemos concebido como única alternativa contemporánea al fenómeno de estudio.

en los casos de peligro o afectación de la salud mental y psicológica de una persona **no solamente están comprometidos los derechos fundamentales que a ella corresponden sino los de sus allegados más próximos, los de la familia como unidad y núcleo esencial de la sociedad que merece especial protección, y los de la colectividad.**

La Corporación de control constitucional en varios fallos ha expuesto que la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándolo en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado. Por ejemplo, en Sentencia T-684 de 2002, frente al tema de la adicción a sustancias psicoactivas, se dijo:

(...) En la medida en que se compruebe en una persona el estado de drogadicción crónica y la limitación que éste ha conllevado en su autodeterminación, es dable afirmar que en los términos del artículo antes reseñado [artículo 47 C.N] esta persona es beneficiaria de los programas que el Estado —a través de sus sistema de seguridad social en salud— debe haber adelantado, en la medida de lo posible y lo razonable, para su rehabilitación e integración. **Es claro que dentro de nuestro Estado social de derecho existe este mandato de optimización a favor de las personas con estado de debilidad psíquica en virtud de su drogadicción crónica.**

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

En desarrollo de la misma línea de activismo judicial, en la Sentencia T-438 de 2009, el juez de control constitucional fija la siguiente regla:

A pesar de que, en principio, la salud es considerada como un derecho prestacional, la Corte ha establecido que la misma tiene un contenido fundamental, en tres niveles: primero, en relación con los planes obligatorios de salud diseñados por el Estado pues en ellos se concreta su nivel de desarrollo frente a la eficacia del derecho a la salud; por otra parte, el mencionado derecho es fundamental cuando su desconocimiento implica una amenaza o vulneración para otros derechos fundamentales autónomos y de aplicación inmediata (criterio de conexidad); y, finalmente, **el derecho a la salud es fundamental frente a grupos especialmente vulnerables como es el caso de la infancia, las personas con discapacidad y de los adultos mayores, los cuales son sujetos de especial protección frente al derecho a la salud.** (Énfasis añadido por el autor).

Y especialmente la citada providencia, frente a las limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, precisó:

(...) Esta Corporación ha sostenido que las limitaciones o exclusiones al Plan Obligatorio de Salud, **son constitucionalmente admisibles**, toda vez que tienen como propósito salvaguardar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, el cual se estructura a partir de recursos escasos que son destinados para la provisión de los servicios que reconoce y ampara (...)

(...) El amparo procede en estos casos, para impedir que una reglamentación legal o administrativa haga nugatorio el goce efectivo de ciertas garantías y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Política, como la dignidad humana, la vida y la integridad personal, las cuales deben ser garantizadas por Estado a todos los individuos sin distinción alguna. Ha explicado la Corte que, si el particular carece de los medios para satisfacer sus necesidades vitales, surge la responsabilidad subsidiaria del Estado para restablecer el equilibrio social mediante la provisión de bienes jurídicos concretos, necesarios para la efectiva realización de los derechos de las personas.

“(...) Es responsabilidad del Estado implementar los mecanismos necesarios para la atención de las personas farmacodependientes, de tal forma que se les garantice el suministro de los tratamientos prescritos a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los cuales deben ser prestados en cualquiera de los dos regímenes -contributivo y subsidiado- en aras de proteger el derecho a la salud tanto física como psicológica y demás derechos fundamentales que pueden verse amenazados.

En relación con los institutos reconocidos constitucionalmente, la jurisprudencia supralegal desarrolló el criterio de que el derecho a la salud está ligado al derecho al diagnóstico, determinante en materia drogadicción y sobre el cual manifestó:

Para la Corte, el derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema y de sus beneficiarios, no solamente incluye el de reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico, es decir, la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen

Tratándose de problemas de drogadicción, **el derecho al diagnóstico se materializa en la posibilidad acceder a profesionales calificados en el manejo de asuntos relacionados con fármaco-dependencia y drogadicción, que determinen cuál es el tratamiento necesario para cada caso, y en la obligación que tienen estos profesionales de explicar al paciente cuál es su estado de salud, así como las ventajas e inconvenientes de las determinaciones médicas adoptadas frente a otros métodos existentes.**

Es evidente el extenso marco que en favor de los derechos fundamentales del toxicómano ha promovido la existencia de los Tribunales Constitucionales en el régimen jurídico colombiano. Circunstancia que nos brinda un claro acercamiento entre el constitucionalismo (en función de su justicia y aplicación)¹⁹ y las políticas públicas del país²⁰. Debate que en otras palabras significa la falta efectiva y determinante de la articulación o coherencia entre el modelo de Estado constitucional, la responsabilidad política gubernamental y el modelo económico²¹.

¹⁹ El constitucionalismo consiste en el ordenamiento de una sociedad política mediante una constitución escrita cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario Fuente: <http://es.shvoong.com/law-and-politics/constitutional>

²⁰ Las Políticas Públicas son las acciones de gobierno, con las que busca dar respuesta a las diversas demandas de la sociedad, como señalan Chandler y Plano, se pueden entender como uso estratégico de recursos para aliviar los problemas nacionales.

²¹ Es conveniente precisar que con posterioridad a la despenalización del porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas mediante la Sentencia C-221 de 1994, se presentaron varios

A partir del año 2007, tal como aparece documentado en la sentencia C-574 de 2011, las diferentes iniciativas de reforma se enfocaron, ya no en el artículo 16 de la CP., sino el 49 superior, norma que consagra el derecho a la salud. El cambio de perspectiva se fundamentó en las sentencias dictadas por la Corte Constitucional que han señalado que la farmacodependencia es una enfermedad y que por ende no se puede tratar al adicto como un delincuente, sino como un enfermo. Para el año 2009 se propuso la reforma al artículo 49 de la CP., iniciativa que se materializó en el Acto Legislativo 02 de 2009²². Su propósito fundamental fue el de establecer sanciones no privativas de la libertad para el porte y el consumo de estupefacientes en lugares públicos, prohibición que se conjugaría con campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de la recuperación de los adictos²³.

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

intentos de reforma constitucional, ya sea por intermedio del trámite del referendo constitucional del artículo 378 de la CP, o por el mecanismo ordinario mediante acto legislativo, previsto en el artículo 375 de la CP. Las primeras propuestas se enfocaron en la modificación del artículo 16 de la CP., que contempla el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Estas iniciativas pretendían sancionar la conducta con penas distintas a las privativas de la libertad, para garantizar los derechos individuales y colectivos y se enfocaban a defender los derechos de los niños.

²² El texto aprobado mediante el Acto Legislativo 02 de 2009 para reformar el artículo 49 de la Carta, en lo pertinente, establece: Artículo 1. El artículo 49 de la Constitución Política quedará así: (...) El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto. **Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.**

²³ En la exposición de motivos de esta reforma constitucional, y en el curso de los debates, insistentemente se hizo referencia a que la iniciativa no pretendía penalizar con medida privativa de la libertad al consumidor, sino acompañarlo con alternativas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas que le ayudaran a él y a su familia a superar sus dificultades. Esto, en contraste con la Ley 30 de 1986 donde el porte y el consumo de cualquier estupefaciente eran penalizados. Así mismo, en este proyecto el Gobierno propuso que el legislador fuera el encargado de reglamentar cómo se harían efectivas las medidas especiales para quienes sean detenidos o capturados consumiendo sustancias estupefacientes o portando dosis compatibles con el uso personal. Distinguiéndolos, de aquellos que portan las sustancias prohibidas con fines de provecho económico ilícito.

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

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

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

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

Así las cosas, como una clara consecuencia de todo lo anterior, y entendiendo lo propio de todas las posiciones humanas sometidas a una transitoriedad y desarrollo constante en perspectiva a la madurez con que se asume la realidad humana, para el

año 2012, la Corte Constitucional volvió a modificar su posición frente a la dosis personal, despenalizando nuevamente²⁴.

En similar secuencia progresiva e histórica, la Sentencia C-491 del 22 de junio de 2012²⁵, reformuló el análisis del problema jurídico, gracias a una acción pública de constitucionalidad²⁶ contra la expresión “*lleve consigo*” del artículo 11 de la Ley 1453 de 2011²⁷, en los siguientes términos (con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva):

²⁴ En la sentencia C-882 de 2011 la Corte Constitucional se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad en contra de los dos incisos finales del artículo 1º del Acto Legislativo 02 de 2009, que reformó el artículo 49 de la Constitución. Consideró el ciudadano demandante que se había omitido la consulta previa a comunidades indígenas, prevista en el Acuerdo 169 de la OIT, en relación con medidas legislativas que afectaban directamente estas comunidades. Sostuvo que la prohibición del porte y consumo de sustancias sicotrópicas, desconoció el uso y consumo de estas sustancias como parte de las tradiciones de las comunidades indígenas, y por lo tanto impuso una restricción que evidentemente afecta ámbitos propios de estos grupos, en particular, el derecho a la identidad cultural. La Corporación de control Constitucional, determinó la exequibilidad de los preceptos acusados al concluir que la prohibición sobre el porte y consumo de sustancias sicotrópicas o estupefacientes no es oponible a las comunidades indígenas ni es susceptible de limitar o restringir sus prácticas tradicionales ligadas a la hoja de coca. En consecuencia, el Acto Legislativo 02 de 2009 no debía serles consultado antes del trámite legislativo respectivo.

²⁵ Estos argumentos van a confirmar nuestra hipótesis respecto de la categoría aspiracional de nuestra Constitución Política, como la marcada tendencia de un modelo de reducción del daño con amplios matices de humanización y dignificación en líneas jurisprudenciales que no solo tienen el carácter vinculante, si no que por ostentar la calidad de *Doctrina Constitucional* en ausencia de la ley, tienen fuerza de ley, tal y como lo dispone el artículo 8 de la ley 153 de 1887: Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

²⁶ La demanda por acción de inconstitucionalidad promovida, sostiene que la reforma introducida por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 al precepto 376 del Código Penal, al eliminar de su texto la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal” en lo atinente a la sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética contemplada en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de Naciones Unidas sobre sustancias sicotrópicas, tipifica como delito el porte de la dosis para uso personal en la modalidad de “portar consigo”. Esta tipificación iría en contra de los contenidos de los artículos 1, 2, 5, 13 y 16 de la Constitución, normas que ubican a la persona humana como eje central del estado social y democrático de derecho.

²⁷ La norma demanda estipula: Artículo 11. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El artículo 376 de la Ley 599 de 2000 quedará así: Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, **lleve consigo**, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión. (Énfasis añadido por el autor).

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

De otra parte, la Corte ratificó que el porte o conservación de dosis personal de estupefaciente es una conducta que no trasciende el ámbito personal, y en consecuencia no reviste la idoneidad necesaria para afectar el bien jurídico complejo que se protege con el tipo penal de tráfico, fabricación y porte de estupefaciente. La jurisprudencia de esta Corte, ha llamado la atención sobre la distinción que se debe establecer entre el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro, y el porte de dosis para el consumo personal, en cuanto aquel tiene una intensa capacidad de interferir derechos ajenos, en tanto que el último no trasciende el ámbito personal el individuo. Al respecto señaló en la sentencia C-420 de 2002²⁸:

En cuanto a ello hay que decir que hay una amplia gama de derechos interferidos por el narcotráfico. Inicialmente la tipificación del tráfico de estupefacientes se ligó a la necesidad de proteger un bien jurídico en particular, la salud pública, postura

²⁸ El ponente de esta providencia, advierte que la postura es compatible con la línea jurisprudencial trazada por la Corte en la Sentencia C-221-94. En ese pronunciamiento se dejó claro que, para efectos de la despenalización que se dispuso, debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada como dosis de uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro pues los efectos del fallo únicamente se extendían a aquella actividad y no a esta.

esta que resultaba compatible con el deber que el constituyente impuso a toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunicad –Artículo 49, inciso final, de la Carta– y con el deber que le asiste a la persona y al ciudadano de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas –Artículo 95, numeral 2–²⁹.

Finalmente, con este profundo examen hemos preparado suficientemente el terreno para justificar las tensiones que existen entre la justicia constitucional de los Derechos fundamentales de los toxicómanos y las políticas públicas nacionales y distritales, que entendidas como acción del Estado en sus diferentes órdenes deben garantizar el cumplimiento de esos fines estatales para esta población creciente y emergente³⁰. Queremos cerrar el análisis realizado, en esta propuesta con una frase que expone el currículo oculto, por decirlo de alguna manera, de las motivaciones que soportaron nuestros ideales durante este proceso de investigación; de acuerdo con María Montessori, la educación constructiva para la paz no se debe limitar a

²⁹ Adicionalmente, la Providencia precisa: El concepto sobre dosis personal es una categoría vigente en el orden jurídico colombiano (Art. 2 j) Ley 30/86); la prohibición introducida en el artículo 49, inciso 6º y 7º, de la Constitución por el A.L. 02 de 2009, no modifica el parámetro constitucional que llevó a la Corte a declarar inexecutable la penalización del porte de sustancia estupefacientes en cantidad considerada como dosis personal; la interpretación efectuada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el artículo 376 del C.P., luego del A.L. 02 de 2009 y de la reforma introducida por la Ley 1453 de 2011, específicamente en relación con el porte de dosis personal, resulta razonable y acorde con los mandatos constitucionales, por lo que esta Corte la prohíbe a efecto de definir el objeto normativo sobre el cual habrá de pronunciarse. (Énfasis propio del autor). *La interpretación sobre la cual el demandante fundamenta la censura no es correcta, toda vez que el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011 no revivió la penalización del porte de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, en cantidad considerada como dosis para uso personal.* (Énfasis propio del autor).

³⁰ El proceso que hemos analizado solo nos permite confirmar lo reconocido por Uprimny (2006), esto es que el activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana ha tenido en general dos facetas: (1) una interpretación amplia de sus facultades en examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas legales, y (2) una interpretación progresiva de los textos constitucionales, que ha llevado en varias oportunidades a una activa intervención en temas de política económica y social. Dichas etapas, han permitido a la Corte intervenir en no pocas ocasiones en asuntos relacionados con el diseño, la formulación, la implementación y la evaluación de políticas públicas (en algunos casos relacionadas con la garantía de los DESC), a partir de estándares jurídicos nacionales e internacionales. Falta ahora esperar positivamente, cuál será el control que con todos los precedentes y líneas jurisprudenciales identificadas, el juez suprallegal establecer para darle el ultimátum al gobierno nacional y distrital para la humanización de tales políticas sean una realidad, como acción oficial, presupuesto, evaluación y control permanente y sostenible.

la enseñanza de las escuelas y su objetivo debe ser reformar a la humanidad para permitir el desarrollo interior de la personalidad humana.

Conclusiones

A lo largo del presente análisis hemos esbozado un desarrollo progresista del activismo judicial, en favor de lo que consideramos la humanización de la justicia constitucional para el flagelo de la toxicomanía sin embargo, no podemos dejar de lado las tesis o corrientes que encuentran en el activismo, aspectos contrarios a los alcances positivos que hemos identificado. Una de tales posiciones reconoce al activismo judicial como mecanismo violatorio de las reglas de la bilateralidad y la contradicción; significando en términos de Gozaini (2002) que el proceso, como actividad jurídica fundamentado en la Constitución especialmente en los criterios de igualdad, objetividad, debido proceso y principalmente a la opción del debate y contradicción pierde estas garantías por la posible imparcialidad y poca independencia del operador de justicia como conocedor de la causa o pretensión.

De igual forma se formula en función a la precedente perspectiva, una dicotomía entre un juez garantista y activista, que pierde según los promulgadores de la corriente las nociones entre un funcionario que debe garantizar los mínimos derechos fundamentales procesales, y aquel que se esfuerza por romper los paradigmas tradicionales de la hermenéutica jurídica que la transformación de la realidad al contraste con los vacíos e insuficiencia normativa obligan a asumir posiciones novedosas y progresistas.

Por otro lado surgen propuestas antagonistas, que resultan de la disputa entre Activismo Judicial y la denominada Auto-restricción Judicial, lo que sumariamente implica aquella medida en que los Tribunales confirman las decisiones, o se apartan de sus actuaciones o en el peor de los casos les imponen accionar en otro sentido. La Auto-restricción Judicial, aboga de un lado por mostrar una mayor deferencia a las decisiones jurisprudenciales y por otro distanciar a los jueces de los influenciar sobre los aspectos políticos y sociológicos.

Frente a los tesis expuestas, que hemos destacados como una de las más relevantes en nuestro análisis, reiteramos nuestras criterios, en conceder al activismo judicial, la sagrada misión de guardar un equilibrio entre el Garantismo y la Auto-restricción judicial. Para Duncan, según Mera (2012), un juez activista es aquel que cree que es necesario cambiar algunas cosas de la sociedad en que vive, y que, a través

de cómo interpreta el derecho, puede participar de ese cambio. Este es un sentido adecuado. No significa que un juez activista sea un transgresor. Un juez activista es un juez que está, dispuesto a trabajar formas de interpretación de las normas que amplíen sus alcances en un sentido democrático, o sea, a ampliar derechos, profundizar prácticas democráticas, estar atento a toda forma de discriminación o destratamiento. El activismo. Es una de las maneras de ejercer la actividad judicial. Los jueces no trabajan solo con normas, las normas no tienen un único sentido, los jueces no hacen silogismos para resolver. Los jueces viven en el mundo y están sujetos, como los demás, a la influencia de un gran número de factores.

Por estas razones, consideramos que el Activismo perfectamente supera todos aquellos dogmas y temores reverenciales, que como es natural se interponen en su discurrir pero sin distraerse en el desconocimiento efectivo de las garantías supra-legales, o en la desobediencia civil en detrimento de los valores políticos y sociales.

En palabras de Vergara (2013) Ronald Dworkin, tuvo una idea luminosa: mostrar los principios jurídicos separados de las normas escritas, y su importancia en las sentencias judiciales. Pero tal activismo, es una necesidad social y democrática, en procura de equilibrar las garantías ciudadanas de frente a los otros poderes. La democracia no solo está presente en la gestión legislativa y ejecutiva, por haber sido elegidos sus representantes. No podemos olvidar que la ciudadanía está cautiva de los partidos políticos en dichas elecciones, y que los jueces cumplen el rol ineludible de mantener tal equilibrio. Los jueces no solo contribuyen a la pacificación, sino también a mantener nuestra democracia.

Se hace necesario, entonces, para las conclusiones de este análisis, un intenso activismo judicial, pero con razonabilidad y principios jurídicos. De los tribunales, ordinarios y especiales, en cada sentencia, y que los vacíos de las reglas abran la mente del juez hacia el universo estelar de los principios. La jurisprudencia será más robusta en la medida en que incorpore la técnica de los principios. Es que los jueces, como los juristas, son los más llamados a manifestar, a través de los principios, la conciencia social de su tiempo.

Referencias

- Escobar, M. (2004). El gobierno de los jueces. A propósito de la articulación entre los Tribunales Nacionales constitucionales y el Tribunal de Justicia Europeo. *Revista Colombiana*

- De Derecho Internacional*. Ed: Pontificia Universidad Javeriana, 4. Recuperado en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/international_law/revista_4/7.pdf
- Gozaini, A. (2002). *Problemas actuales del Derecho Procesal, Garantismo vs Activismo Judicial*. Queretaro: Funpap.
- Morello, A. (1989). *La Corte Suprema en Acción*. Buenos Aires: Librería Editora Platense-Abeledo Perrot.
- Mera, A. (2012). Los jueces no viven en una burbuja ni tienen ninguna superioridad moral. *Diario Judicial*. Disponible en <http://www.diariojudicial.com>
- Mejía, O. (2006). *Poder constituyente, crisis política y autoritarismo en Colombia*. Ed: Centro Editorial Universidad de Caldas v.1 fasc. 2 p.1. Recuperado en: http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas3-2_3.pdf
- Montessori, M. (s. f.). Educación y paz. Editorial Longseller
- Olano, H. (2004). Tipología de nuestras sentencias constitucionales. Recuperado en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult..pdf
- Peele, S. (1996). Assumptions about drugs and the marketing of drug policies. In W.K. Bickel & R.J. DeGrandpre (Eds.), *Drug policy and human nature*. Recuperado en http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-4899-3591-5_9#page-1
- Saffon, M., García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, enero-junio, 2011, pp. 75-107 Universidad del Rosario, Bogotá. Recuperado en: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/1511-5815-1-PB.pdf>
- Uprimny, R. (2006). Should Courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitutional Courts (Bogotá: De Justicia), Recuperado en www.dejusticia.org
- Vergara, A. (2013). Activismo judicial, pero con razonabilidad y principios. *El Mercurio*. Recuperado en: <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/02/23/9512/activismo-judicial-pero-con-razonabilidad-y-principios.aspx>
- Colombia. Corte Constitucional. (1992). "Sentencia T-596".
- Colombia. Corte Constitucional. (1994). "Sentencia C-22".
- Colombia. Corte Constitucional. (1995). "Sentencia C-083".
- Colombia. Corte Constitucional. (1995). "Sentencia T-477".HYPERLINK ""
- Colombia. Corte Constitucional. (1996). "Sentencia T-407".
- Colombia. Corte Constitucional. (2001) "Sentencia C-882".
- Colombia. Corte Constitucional. (2002). "Sentencia T-881".
- Colombia. Corte Constitucional. (2002). "Sentencia C-420".
- Colombia. Corte Constitucional. (2006). "Sentencia T-676".

Colombia. Corte Constitucional. (2009) "Sentencia T-438".

Colombia. Corte Constitucional. (2012). "Sentencia C-49".