



Al responder cite este número
MJD-DEF22-0000133-DOJ-2300

Bogotá D.C., 11 de julio de 2022

Doctora
DIANA FAJARDO RIVERA
Honorable Magistrada- Corte Constitucional
Calle 12 No. 7 - 65 Piso 2
secretaria3@corteconstitucional.gov.co
Bogotá D.C.



Contraseña:tgf182Qeh5

Referencia : Expediente D-14829

Accionante: Juan Manuel Charry Urueña y Lorena Garnica de la Espriella

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad los artículos 337 y 337 A del Código Penal, reformados por el artículo 1º de la Ley 2111 de 2021, “por medio del cual se sustituye el título XI de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente de la ley 599 de 2000, se modifica la Ley 906 de 2004 y se dictan otras disposiciones”

Honorable Magistrada:

ALEJANDRO MARIO DE JESÚS MELO SAADE, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho, en calidad de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, bajo lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 18 del Decreto 1427 del 2017 y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida, mediante la Resolución 0641 del 2012, procedo a intervenir en el proceso de la referencia.

1. NORMA DEMANDADA Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

“LEY 599 DE 2000

(julio 24)

Por la cual se expide el Código Penal

CAPÍTULO II.

DEL TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES Y OTRAS INFRACCIONES

ARTÍCULO 376. TRAFICO, 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*

Bogotá D.C., Colombia



Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

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

Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.”

Los accionantes proponen como cargo principal la presunta ocurrencia de una OMISIÓN legislativa relativa, por la existencia de un déficit de protección que afecta las garantías de los consumidores recreativos de sustancias psicoactivas. Sostienen que a pesar de que la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-221 de 1994, despenalizó la dosis mínima en la modalidad de consumo, han pasado 28 años y no se regulado la faceta positiva de este derecho, es decir el consumidor recreativo no tiene posibilidades de adquirir la sustancia de modo seguro. Para sustentar su posición argumentan lo siguiente:

I. La despenalización del consumo y porte de la dosis mínima, realizada por la Corte tiene una faceta positiva a cargo del legislador, consistente en regular la adquisición de las sustancias estupefacientes, para que así los consumidores no se vean obligados a exponer sus vidas al momento de adquirir el producto en el mercado ilegal, como ocurre en la actualidad. Situación que afecta los derechos de los consumidores recreativos, quienes que tienen que reunirse con la delincuencia para adquirir la sustancia que consumen.

II. Señalan que existe una omisión en regular las bases de una faceta prestacional derivada de la despenalización de la dosis para consumo, que está relacionada con el del derecho a la salud, vida e integridad personal. Que, conforme a su postura, solo se podría



satisfacer al garantizar la venta controlada y directa por parte del Estado de la sustancia estupefaciente.

En atención a las anteriores premisas, los demandantes solicitan a la Corte se emita un fallo aditivo, como consecuencia de la existencia de una omisión legislativa relativa que module el artículo 376 del Código Penal en el entendido que los verbos “almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, o suministre” no serán delito cuando se derive de la obligación constitucional Estatal de suministrar directamente los narcóticos en condiciones de seguridad a los consumidores.

2. CONSIDERACIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN ACUSADA.

Considera este Ministerio, que en este caso no están llamados a prosperar los cargos de la demanda porque existe un deber estatal de protección de los derechos humanos que debe armonizarse con la política de lucha contra las drogas y el crimen organizado y tal deber implica que el estado está llamado a desestimular las conductas que tienen la potencialidad de afectar, entre otros bienes jurídicos la salud pública.

Aunado a lo anterior, la penalización de conductas como el tráfico, la venta, el suministro, el almacenamiento, la adquisición, el ofrecimiento o el suministro de sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, pretende proteger además de la salubridad pública, otros intereses de la sociedad y el Estado como la seguridad pública y el orden económico y social. En consecuencia; 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.

Lo anterior, no desconoce que existe un deber del estado de ofrecer cuidado y la atención en salud a los usuarios de psicotrópicos, obligación a cargo de las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de las instituciones públicas o privadas especializadas en el tratamiento de dichos trastornos. Es precisamente por este deber de cuidado y enfoque reducción de daños que se tipifican y persiguen las conductas típicas cuestionadas que están relacionadas con fenómenos como el narcotráfico y microtráfico.

No se evidencia entonces, en este caso un déficit de protección, pues el enfoque de salud pública y reducción de daños incluido en el Plan Decenal de Salud Pública 2012 – 2021, el Plan Nacional para la Promoción de la Salud, la Prevención y la Atención del Consumo de Sustancias Psicosocial y la Política de Reducción del Consumo de Sustancias Psicoactivas y su Impacto, tiene claro que el papel del Estado es vital en las fases de prevención de consumo, mitigación de usos problemáticos, superación de adicciones y capacidad de inclusión de estas personas en programas de soporte social o institucional. Aunado a lo anterior, para el caso del cannabis, que fue excluido mediante la decisión 63/16 de la Comisión de Drogas de las Naciones Unidas en el año 2020, existe en el ordenamiento jurídico colombiano, regulación que permite al consumidor,

Bogotá D.C., Colombia



mediante la modalidad de autocultivo acceder a la dosis que requiere para su consumo (Decreto 2467/2015, 780/2016 y 811/2021).

Adicionalmente, la modulación del tipo que proponen los accionantes, no respondería ni a un déficit, ni a una omisión legislativa relativa, lo que pretende la fórmula de modulación propuesta es cambiar el modelo de atención y prevención para poner al Estado en un papel de proveedor que en todo caso es contrario a su rol de prevención y atención, que excede el ámbito de interpretación del tipo penal cuestionado.

Bajo las anteriores premisas, este ministerio se propone demostrar que en este caso no existe una omisión legislativa relativa, para lo cual, en primer lugar, se hará un breve recuento de la interpretación jurisprudencial del tipo penal cuestionado, se ahondará en el enfoque de salud pública y prevención de consumo de drogas en el país y finalmente se expondrá porqué en este caso no se dan condiciones de omisión legislativa relativa frente a la disposición demandada.

2.1. Evolución de la interpretación del tipo penal de tráfico y porte de estupefacientes a la luz de la jurisprudencia.

El artículo 376 del Código penal, ha ido objeto de revisión y análisis por parte de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en numerosas ocasiones, del análisis de los pronunciamientos claves, se puede revisar las modulaciones y alcances dados este tipo penal.

En primer lugar, aunque no es una sentencia originada de la revisión del tipo penal en particular, tenemos que la Sentencia C-221 de 1994, declaró inexecutable los artículos 51 Y 87 de la ley 30 de 1986, los cuales penalizaban el porte y consumo de la dosis personal, al encontrar tales disposiciones lesivas contra la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

Fruto de esta esta interpretación, se ajustó la redacción del ilícito incluido del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, nuestro Código Penal, el ilícito así: *«El que, sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, 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 droga que produzca dependencia.,»*. El aspecto punitivo dependía de la cantidad de sustancia estupefaciente.

Posteriormente, en año 2002 la Corte revisó la constitucionalidad del este texto y estimó en la sentencia C-682 que el artículo se ajustaba a derecho que, para efectos de la despenalización allí dispuesta, debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo en las cantidades consideradas como dosis de uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro.

En 2009, con la expedición del Acto Legislativo 2, se modificó al artículo 49 de la Carta Política, en estos términos:

“Artículo 1°. El artículo 49 de la Constitución Política quedará así:

Bogotá D.C., Colombia



[...]

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.”

Como se observa, bajo la filosofía del citado Acto Legislativo, se dio una nueva mirada a el tema del porte y consumo de estupefacientes, desde el deber de atención en salud y cuidado, A juicio de la Corte Constitucional, ante la reforma operada por el Acto Legislativo 02 del 2009 se tendría que considerar lo siguiente:

“[...] la prohibición del porte y consumo de estupefacientes establecida en los incisos 6º y 7º del artículo 49 de la Constitución, no conlleva a su penalización. Las medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, prescritas en el precepto constitucional, para el tratamiento del enfermo o adicto a las sustancias estupefacientes, las cuales deben contar con su consentimiento informado, lejos de ubicarse en el ámbito represor y punitivo del derecho penal, son desarrollo del deber de procurar el cuidado integral de la salud de la persona y de la comunidad, contenido en el inciso quinto de la misma disposición”^[1]

Nuevamente en 2012, el artículo 376 fue objeto de revisión, en la Sentencia C-491, esta vez, se revisó el texto que incluyó la modificación introducida por la Ley 1453 de 2011, en este pronunciamiento la Corte reiteró que el artículo 376 no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética.

En esa providencia la Corte aclaró 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 otras palabras, la tipicidad de portar o «llevar consigo» estupefacientes estaba supeditada a una finalidad o ánimo especial del agente: la de tráfico o distribución. Por ende, si tal conducta persigue el aprovisionamiento para el consumo personal escapa de la prohibición típica, con independencia de la cantidad de droga que fuese incautada.

Bogotá D.C., Colombia



A su turno, la Corte Suprema de Justicia en las Sentencia CSJ SP2940-2016, Rad. 41760 indico que para estudiar la tipicidad de la conducta de porte de sustancias estupefacientes se tiene que tener en cuenta el ingrediente subjetivo, no solo se debe revisar la cantidad de sustancia que se lleve, sino que intencionalidad que tiene quien la porte:

“La configuración del tipo penal subjetivo y con independencia de la cantidad portada, es necesario demostrar que el propósito del sujeto agente que lleva consigo la sustancia estupefaciente es su venta, distribución o comercialización a terceros, pues, si el objetivo es el propio consumo, atendiendo la condición de consumidor o de adicto de quien la porta, la conducta deviene en atípica.

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”[2]

En la misma línea, las sentencias CSJ SP4943- 2019, Rad. 51556 (reiterada En CSJ SP5400-2019, Rad. 50748; CSJ SP106-2020, Rad. 56574) reiteraron que la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo.

Bajo esta óptica, la Corte Suprema ha considerado que el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto 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.

Como se aprecia la jurisprudencia colombiana diferencia al consumidor del delincuente que fabrica, trafica y distribuye drogas ilícitas. Es por esa razón, que esta cartera considera que los verbos censurados en esta oportunidad **“transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre”** no requiere modulación adicional, pues los altos tribunales han sido claros al determinar que tales conductas no se encuentran exentas de tipificación al estar relacionadas con fenómenos como el narcotráfico y el microtráfico que afectan bienes superiores como la seguridad y salubridad y salud pública.

En síntesis, la jurisprudencia a protegido el ejercicio de porte y consumo de la dosis para quien es consumidor, y ha hecho una distinción cuando el sujeto activo de las conductas descritas en el tipo pretende lucrarse con la actividad o cuando la acción tiene un fin mercantil, pues la sustancias estupefacientes, psicoactivas o drogas sintéticas son un bien ilícito, exceptuando,

Bogotá D.C., Colombia



claro está, las actividades de autocultivo, producción y cultivo de cannabis con fines medicinales e industriales, el resto de sustancias cobijadas por el tipo se encuentran reguladas con distintos niveles de restricción por el Convenio Único de Estufacientes de Naciones Unidas

La modulación propuesta por los demandantes que supone que se elimine la antijuridicidad de la conducta si el sujeto activo de la misma es el Estado, es una interpretación que supera la órbita penal, y el alcance del artículo cuestionado, pues implicaría un cambio de paradigma en la política de drogas del Estado, que implica revisar en su integridad el ordenamiento jurídico en materias de salud, lucha contra el tráfico de drogas, la política de seguridad y analizarlo a la luz de los compromisos internacionales en este sentido, tarea que es de competencia del Legislador y que no está relacionada directamente con el ámbito de acción del derecho penal y del tipo demandado en esta ocasión.

2.2. El papel del Estado en la Prevención y Atención del Consumo de Sustancias psicoactivas desde la óptica de los derechos humanos y la Salud Pública.

Después de analizar la evolución de la interpretación jurisprudencial, del tipo penal acusado, conviene hacer una revisión del papel del Estado en la política de prevención y atención al consumo. El artículo 49 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo 2 de 2009, establece, entre otros, que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, garantizando a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Al respecto, la corte al revisar la constitucionalidad del Acto Legislativo 02 del 2009, en Sentencia T-497 del 2012 indico que este está dirigido a *“evitar el comercio ilícito de sustancias estupefacientes o sicotrópicas”*[3] y trata al farmacodependiente como un enfermo y no como un delincuente, ya que esa reforma constitucional no establece la sanción de pena privativa de la libertad para quienes sean adictos.

Aunando a lo anterior, la Ley 1566 de 2012, reconoce, de una parte, que 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, y de otra, el derecho de la persona que sufra trastornos mentales o cualquier otra patología derivada del consumo, abuso y adicción a tales sustancias, a ser atendida en forma integral por las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, conforme a la normatividad vigente, a las Políticas Públicas Nacionales en Salud Mental y de Reducción del Consumo de Sustancias Psicoactivas y su Impacto, adoptadas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Es así como desde la política pública se ha reconocido que el estado de drogadicción crónica debe ser atendida por el Sistema de Seguridad Social en Salud (SGSSS), así lo ha reiterado el alto tribunal constitucional, al explicar que esta enfermedad es objeto de tratamiento por los regímenes subsidiado y contributivo, lo que incluye a las entidades públicas o privadas que



tengan convenio con el Estado para atender los vinculados al sistema, en el caso de que se demuestre su incapacidad económica para asumirlo.

Justamente, atendiendo al artículo 47 de la Carta Política, las personas drogadictas son sujetos de especial atención estatal y protección constitucional, cuya rehabilitación e integración está a cargo del SGSSS. Dado el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud, este comprende la garantía de acceso al tratamiento integral para quienes padecen trastornos mentales derivados del consumo adictivo de sustancias psicoactivas, al padecer una debilidad síquica que disminuye sustancialmente su autodeterminación y autonomía, dispone la Sentencia T-796 del 2012.

Además, los tratamientos pedagógicos, profilácticos o terapéuticos a los que libremente se sometan los consumidores deben brindarse por el SGSSS bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, por ende, las entidades de salud no pueden negarse a prestar los servicios de restablecimiento físico y mental, independientemente de si están incluidos o no en el POS[4].

Como lo ha resaltado el alto tribunal constitucional, el Estado es responsable de adelantar una política de prevención e integración social para las personas que padecen adicción a sustancias psicoactivas, de forma que se reconozca esta problemática desde la salud pública. Así, la Sentencia T-796 del 2012 indica: *“El consumo recurrente de sustancias psicoactivas es una enfermedad que afecta la salud mental de las personas, y de conformidad con la Constitución, el Estado y las entidades que componen el sistema general de salud tienen la obligación de promover activamente la integración social de quienes la padecen”*[5].

La Política Integral de Prevención y Atención de Consumo de Sustancias Psicoactivas, plantea como enfoques rectores, el de Desarrollo humano basado en derechos y el de Salud pública. El primero, constituye el fundamento de un Estado Social de Derecho, y el segundo, se refiere de una parte, a los determinantes relacionados con el consumo de sustancias psicoactivas que afectan el bienestar y el desarrollo individual, familiar y social; y de otro, busca reducción de las afectaciones a partir de acciones e intervenciones efectivas basadas en la evidencia[6].

Desde los derechos humanos, la política profundiza y prioriza la autonomía personal, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, y reconoce a las personas en riesgo o con consumo de sustancias psicoactivas como poblaciones prioritarias para la atención en salud. Desde el enfoque de salud pública, se pretende potenciar factores protectores, prevenir factores de riesgo, brindar tratamiento y rehabilitación integral, y promover la inclusión social de las personas en su interacción con las sustancias, su uso o potencial en los contextos con mayor o menor[7].

La Política Pública Nacional frente al tema, ha tenido en cuenta para su elaboración las recomendaciones de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, que en el periodo de sesiones extraordinarias de 2016, en relación con el problema mundial de las Drogas, sugirió una serie de medidas de prevención, intervención temprana, tratamiento, atención,

Bogotá D.C., Colombia



recuperación, rehabilitación social, desde los enfoques de salud pública, derechos humanos y desarrollo humano para proteger a los ciudadanos de las consecuencias negativas, sobre una base no discriminatoria y de no estigmatización.

Así pues, a partir de los enfoques de política pública frente al consumo de sustancias psicoactivas, se puede concluir que existen herramientas para la prevención de consumo y reducción de daños cuando existen consumos problemáticos. En este sentido, no se podría alegar que existe desprotección para el consumidor recreativo, en la medida en que se le reconoce su libertad para consumir (porte de dosis mínima y aprovisionamiento) y se le garantiza que en la eventualidad de presentar adicción o consumo problemático tiene atención garantizada por parte del sistema de salud.

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.

De acuerdo a la anterior, la posible afectación a la salud publica resulta ser un motivo para sancionar conductas como el *transporte, almacenamiento, conservación, elaboración, venta, ofrecimiento, adquisición, financiamiento de sustancias psicoactivas*, sin embargo, siempre debe evaluarse en consonancia con los obligaciones estatales de: (i) Lucha contra las drogas, (ii) prevención del consumo; y (iii) la obligación de brindar tratamiento terapéutico a las ciudadanos con consumo problemático y adicción. Así mismo, como se explicará a continuación a continuación, existe regulación específica para el cannabis, que responde precisamente a un cambio de paradigma en la política internacional frente a esa sustancia en particular, por su exclusión en la decisión 63/16 de la Comisión de Drogas de las Naciones Unidas en el año 2020. Situación que no se podría equiparar para otro tipo de sustancias que por sus riesgos a la salud y vínculos con economías ilegales tienen prohibiciones y regulaciones más restrictivas.

2.3. No se configura omisión legislativa relativa en el artículo 376 del Código Penal.

La jurisprudencia constitucional ha señalado frente a la figura de Omisión legislativa relativa lo siguiente:

“Tiene lugar cuando el legislador “al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella, y puede ocurrir de varias maneras: (i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los

Bogotá D.C., Colombia



beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución.”[8]

En consonancia con lo anterior la Corte ha desarrollado unos criterios específicos que se deben evaluar para revisar si se esta en presencia de una omisión legislativa relativa:

“(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador[9]”

A partir de estos criterios, este ministerio va a revisar al cargo principal de la demanda que indica que el legislador incurrió en una omisión legislativa, al no proveer en el artículo 376 del código penal, una forma segura para que los consumidores recreativos adquieran su dosis personal, lo anterior en contraposición de los consumidores recreativos. En ambos casos, la jurisprudencia ha reconocido que el porte de la dosis personal está protegido por lo cual existe a juicio de los accionantes un déficit de protección por que en la norma no se prevén formas seguras de adquisición de esa dosis.

I.La norma sobre la que se predica el cargo

Los accionantes cuestionan el artículo 376 de el código penal, que como se advirtió con anterioridad regula puntualmente la persecución penal de actividades distintas al porte y tráfico de estupefacientes que ya fue modulado con anterioridad por la sentencia C-491 de 2012, en la que se reiteró que este tipo no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética.

Adicional a lo anterior, el precepto de la norma acusada en su último párrafo tiene una exclusión que indica lo 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.”

A partir de la revisión del tipo y atendiendo a las modulaciones previas, que se referenciaron en los párrafos precedentes, la ley penal no hace distinción entre consumidor recreativo y medicinal, y ambos están excluidos de la aplicación del tipo cuando portan su dosis personal para consumo.

Bogotá D.C., Colombia



En este punto esta cartera considera que no se puede alegar una omisión del texto de este tipo penal, por la ausencia de regulación de un aspecto como la adquisición de la dosis personal, pues de entrada se escapa de la orbita penal y del objeto de la disposición demandada.

Un tipo penal, como es el caso de la norma aquí demandada contiene una descripción precisa de las acciones u omisiones que son considerados como delitos y a ellas les asigna una pena o sanción. Entonces no tendría porque incluir en su redacción asuntos distintos, como pretenden incluir los accionantes vía modulación por vía de la acción de inconstitucionalidad.

De acuerdo a los argumentos expuestos este ministerio, frente a las previsiones del artículo 376 no evidencia que se desprenda ninguna omisión, sin embargo, se continuarán revisando los siguientes componentes de la omisión que se alega, para desvirtuarla.

II. Que la norma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables tenían que incluirse en el texto.

Como se advirtió, la interpretación de la corte de este tipo ha sido clara y despenaliza la conducta cuando el sujeto pasivo tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo esto cobija tanto a consumidores recreativos como a consumidores medicinales.

Ahora bien, como se advirtió, en el tipo penal no tiene por qué regularse aspectos relacionados con la garantía de acceso a la dosis ni a los consumidores recreativos, ni de los medicinales, esta regulación en todo caso corresponde a otros ámbitos fuera del penal y se hará en consideración a la regulación propia de la sustancia psicoactiva. De manera, que la norma cuestionada en sí misma no contiene una omisión.

Ahora bien, evaluando la posible existencia de un déficit de protección como lo argumentan los accionantes, que viola el principio de igualdad, entre quienes utilizan estupefacientes -en especial cannabis- con fines terapéuticos, que acceden a este mediante prescripción médica, y quienes hacen uso recreativo, también admitido por el ordenamiento jurídico, quienes cuyo único medio de acceso implica relaciones con personas que están incurriendo en conductas tipificadas.

Es preciso, señalar que en primer lugar, ese escenario de comparación entre consumidores recreativos y medicinales, únicamente se daría en el caso del cannabis, pues las demás sustancias englobadas por el tipo como (cocaína, Ketamina, GHB, Heroína y las demás sustancias *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*) no tienen usos propiamente médicos.

En el caso puntual del cannabis, resulta falsa la afirmación de los accionantes sobre la cual sustentan la demanda. Pues los accionantes desconocen, que para el caso del cannabis existe regulación al respecto incluida en el Decreto 2467 de 2015, en concordancia con el numeral 7 del



artículo 2.8.11.1.3 del Decreto 780 de 2016, como fuera modificado por el Decreto 811 de 2021; donde se incluye la definición respecto al **autocultivo**, así:

“7. 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.” (Cursiva y subraya fuera de texto original).

Por lo anterior, 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).

Además, para obtener los insumos necesarios puede acercarse a las personas naturales o jurídicas que cuenten con **licencia de semillas o de cultivo de plantas de cannabis psicoactivo o no psicoactivo**, debidamente autorizadas por esta cartera ministerial 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, así:

“Artículo 2.8.11.2.1.5. Modalidades de la licencia de semillas para siembra y grano. (...) 1. Comercialización o entrega: comprende la adquisición a cualquier título, importación, exportación, almacenamiento, comercialización, distribución, transporte, posesión y disposición final de semillas para siembra y grano. Bajo esta modalidad se podrán entregar a cualquier título a personas naturales no licenciadas un máximo de veinte semillas semestralmente para abastecer el autocultivo.” (Cursiva y subraya fuera de texto original).

“Artículo 2.8.11.2.1.6. Modalidades de la licencia de cultivo de plantas de cannabis psicoactivo. (...) 1. Producción de semillas para siembra: comprende el cultivo de plantas de canna-bis psicoactivo para producir semillas para siembra, tanto para uso propio como para comercialización o entrega a terceros autorizados; así como la importa-ción, almacenamiento, comercialización, distribución, exportación, transporte y la disposición final. Bajo esta modalidad se podrán entregar a cualquier título a personas naturales no licenciadas un máximo de veinte semillas semestralmente para abastecer el autocultivo.” (Cursiva y subraya fuera de texto original).

“Artículo 2.8.11.2.1.7. Modalidades de la licencia de cultivo de plantas de cannabis no psicoactivo (...) 1. Producción de semillas para siembra: comprende el cultivo de plantas de canna-bis psicoactivo para producir semillas para siembra, tanto para uso propio como para comercialización o entrega a terceros autorizados; así como la importa-ción, almacenamiento, comercialización, distribución, exportación, transporte y la disposición final. Bajo esta modalidad se podrán entregar a cualquier título a personas



naturales no licenciadas un máximo de veinte semillas semestralmente para abastecer el autocultivo.” (Cursiva y subraya fuera de texto original)[10].

En síntesis, si alguien quiere hacer un uso del cannabis diferente al médico-científico y, por lo tanto, por fuera del marco legal del licenciamiento descrito en la normativa antes enunciada, tiene a su disposición la opción lícita del autocultivo, para lo cual, además, contará con proveedores debidamente licenciados y autorizados por la ley para obtener las semillas necesarias para tal cometido, que operan en el marco de la legalidad.

Como se aprecia, del anterior análisis el segundo criterio, para la materialización de una omisión legislativa relativa no se cumple en el caso estudiado, por lo cual es claro que no existe omisión, aun así, se revisaran los criterios restantes, para dar mayor sustento a la posición de esta cartera ministerial.

III. que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente

Como se dejó claro, pese a que en este caso el tipo penal no tiene por qué regular asuntos como la adquisición de la sustancia para suplir la dosis personal ni para consumidores recreativos ni medicinales.

Al analizar el caso del cannabis en la normativa colombiana, si existe regulación que permite acceder por medio de autocultivo al consumidor recreativo, de manera que no se encuentra en desprotección frente a quien lo adquiere por prescripción médica.

En el caso de las demás sustancias, 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 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 sustancial ilícitas, que generan diversas afectaciones a la salud y afectan intereses como la seguridad pública. De manera que este criterio tampoco, se cumple en el caso estudiado.

IV.que 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.

Se insiste, del texto de la disposición demandada, no se desprende ningún tratamiento diferenciado entre consumidores recreativos y medicinales, por lo cual de entrada no podría hablarse de desigualdad negativa de unos frente a otros. Adicionalmente, la modulación del tipo realizada por la sentencia C-491 de 2012 es suficientemente clara frente al alcance de la tipicidad de las conductas descritas en el tipo.

Bogotá D.C., Colombia



Respondiendo al escenario propuesto por la demanda, para el caso del cannabis existe regulación específica, que debe considerarse cuando se evalúa la posibilidad de consumo y porte de dosis mínima, frente a esta sustancia en particular, no es cierto, que los consumidores no puedan adquirir de modo lícito, su dosis para consumo, pues las normas autorizan el autocultivo.

El cuarto criterio para la configuración de una omisión legislativa relativa, tampoco se cumple en el supuesto de hecho estudiado y frente a la norma examinada, reiteramos que una norma de tipo penal no tiene porque incluir las formas como adquirir unas sustancias psicoactivas y drogas sintéticas que pese a respetarse la posibilidad de consumir, siguen siendo ilícitas.

V. que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

El legislador no tiene un deber específico de incluir en su código Penal asuntos relacionados con las exclusiones de aplicación de los tipos, ni de regular asuntos que están por fuera de la órbita penal como se plantea en este caso.

Los accionantes indican que corresponde al Estado establecer un mecanismo seguro para la distribución de los estupefacientes, destinados a los usuarios. Pero en este caso, la vía no es la modulación del tipo penal que tiene otros fines y alcances, según la visión de política pública y conforme a los compromisos en materia de salud pública, tratamiento y prevención de consumo y lucha contra las drogas es el legislador en un ejercicio libre quien debe regular aspectos relacionados con la política de drogas y sustancias psicoactivas, su control, regulación y demás circunstancias. La jurisprudencia ya ha fijado unos derroteros, frente a la dosis personal, que deben tener en cuenta el legislador, pero no es por vía de una modulación de un tipo penal que se deben fijar las líneas de política pública porque esto escapa de la órbita del examen constitucional de la disposición cuestionada.

En conclusión, en este caso el precepto demandado no está incompleto, no se encuentra que del texto se desprenda ninguna omisión o tratamiento diferenciado entre usuarios de sustancias psicoactivas o déficit de protección. Adicionalmente, de la lectura integrada de la legislación y en particular del Decreto 780 del 2016 y sus decretos modificatorios, se puede advertir que en el caso del cannabis existe regulación que permite a los usuarios que quieran hacer un uso del cannabis diferente al médico-científico a obtenerlo por una opción lícita como el auto cultivo. Al incorporar estos y otros preceptos en el análisis, se concluye que no hay omisión relativa. Sumado a ello, como se advirtió a lo largo del escrito, no corresponde al legislador incluir en el tipo penal situaciones distintas a las conductas tipificadas y sanciones, por lo cual la modulación propuesta por los accionantes y la opción de una sentencia aditiva no es una opción aplicable en este caso pues toca ámbitos distintos al penal y en particular cualquier decisión respecto a la distribución de sustancias psicoactivas y el rol del Estado frente a esta, es una decisión que debe tener en cuenta la política de prevención del consumo de sustancias y los compromisos de lucha contra las drogas del Estado, que superan la interpretación del tipo penal cuestionado.



3. PETICIÓN

Por lo expuesto, se solicita respetuosamente a la Honorable Corte Constitucional declarar la **EXEQUIBILIDAD SIMPLE** del artículo 376 del Código Penal frente a los cargos esgrimidos en esta demanda.

4. ANEXOS

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- Copia del aparte pertinente del Decreto 1427 de 2017, en cuyo artículo 18.6, asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.
- Copia de la Resolución 0641 del 4 de octubre de 2012, por la cual se delega en el director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la representación judicial de la entidad para intervenir en defensa del ordenamiento jurídico en los procesos de nulidad ante el Consejo de Estado.
- Copia de la Resolución 0146 del 22 de febrero de 2021, por la cual se nombra al suscrito en el cargo de director en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Copia del Acta de Posesión 0019 del 23 de febrero de 2021, del suscrito en el cargo de director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.

5. NOTIFICACIONES

Las recibiré en el buzón de correo electrónico notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co.

De la Honorable Magistrada Ponente,

Cordialmente,

ALEJANDRO MARIO DE JESÚS MELO SAADE
 Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico
 Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento
 Jurídico

ALEJANDRO MARIO DE JESÚS MELO SAADE
 Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico

Bogotá D.C., Colombia



C.C. 1.010.186.207 de Bogotá
T.P. 251.901 del Consejo Superior de la Judicatura

Anexos: Lo Anunciado.

Elaboró: María Alejandra Aristizabal García, Profesional Universitaria.

Aprobó: Despacho del Viceministro de Promoción de la Justicia.

Radicado de entrada: MJMJD-EXT22-0025616 del 24 -06-22.

TRD: 2300-3614

<https://vuv.minjusticia.gov.co/Publico/FindIndexWeb?rad=nk6FMQE6gGdl5oOsKN%2BnR3r0m%2FIep3cDOvsRBDi88Gc%3D&cod=iw5dNge%2BPibWZyZjjFraPA%3D%3D>

-
- [1] Corte Constitucional. Sentencia C-491 del 28 de junio del 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
 - [2] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Pena. Sentencia CSJ SP2940-2016, Rad. 41760
 - [3] Corte Constitucional. Sentencia T-7497 del 2012.MP. Humberto Antonio Sierra Porto.
 - [4] Corte Constitucional. Sentencia T-796 del 2012.MP. María Victoria Calle Correa.
 - [5] Corte Constitucional. Sentencia T-796 del 2012.MP. María Victoria Calle Correa.
 - [6] Ministerio de Salud y Protección Social. Política Integral para la Prevención y Atención del Consumo de Sustancias Psicoactivas Ministerio de Salud y Protección Social - Resolución 089 de 2019.
 - [7] Ministerio de la protección social. (2007). Política Nacional para la Reducción del Consumo de Sustancias Psicoactivas y su Impacto.
 - [8] Corte Constitucional. Sentencia C-767 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
 - [9] Criterios desarrollados entre otras en las Sentencias s C-188 de 2019 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; C-306 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-005 de 2017 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-017 de 2015 Jorge Iván Palacio.
 - [10] Ministerio de Justicia y del Derecho. Decreto 780 de 2016.