

UNA MIRADA JURISPRUDENCIAL Y CONCEPTUAL A LA SUSTITUCIÓN DE CONSTITUCIÓN:

*DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ART. 1
(PARCIAL DEL ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2009 “POR EL CUAL SE
REFORMA EL ART. 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA”**

*Diego Alfredo Zambrano Garrido***

De ante mano, extendiendo un saludo muy cordial a toda la mesa de trabajo que se encuentra en este momento acompañándonos al igual que a todos los asistentes.

Esta mañana tuvimos la posibilidad, para el tema que nos ocupa, la honorable oportunidad de que el Dr. Héctor Elí Rojas hiciera referencia a la demanda de inconstitucionalidad que pretende la inconstitucionalidad del artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009 que reformó el artículo 39 de la Constitución Política, en virtud de la cual se señalaba una posible sustitución de Constitución. Sin embargo, frente a esta demanda es importante detenernos a pensar, entre otros particulares, cómo se flexibiliza el Artículo 39 de la Constitución y la Sentencia C – 224 de 1994 del Dr. Carlos Gaviria Díaz que permite la dosis personal.

Así las cosas, el 19 de noviembre de 2010 se presentó por un número plural de ciudadanos Acción Pública de Inconstitucionalidad contra la expresión “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, comprendida en el Art. 1 del Acto Legislativo 2 de 2009 que modificó el Art. 49 de la Constitución Política.

*Este documento materializa una síntesis completa y reflexiva de la intervención hecha por el estudiante Diego Alfredo Zambrano Garrido en el conversatorio sobre *Rigidez Constitucional*, realizado el día 4 de mayo de 2011, en los auditorios D-306 y D-307 de la Universidad Sergio Arboleda, dentro de la iniciativa estudiantil *20 años después, una Constitución desde las aulas*.

**Alumno de Octavo Semestre de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Semillero de Investigación del Grupo de Investigación en Derecho Público y Económico CREAR de la misma Universidad.

La presente demanda de constitucionalidad dirigida a la Honorable Corte Constitucional, se compone de tres momentos explicativos que enuncian a cómo el Congreso a modo de poder constituido, se ha desbordado o exorbitado en sus competencias legislativas a punto tal que ha Sustituido la Constitución mediante el quebrantamiento de la Autonomía Personal como elemento esencial y definitorio de la Constitución, que se fundamenta en la Dignidad Humana prevista en los artículos 1, 5, 6, 7, 12, 15, 16, 18, 19 del mismo texto.

En un primer momento, la demanda pública de inconstitucionalidad que pretende la inexecutable del Acto Legislativo 2 de 2009 dedicó varias líneas a justificar que el elemento esencial de autonomía personal desconocido en la norma demandada estructura fundamentalmente un extenso articulado de la Constitución. Con ello, la acción intenta demostrar lo que la Corte Constitucional en Sentencia C-1040 de 2005 ha interpretado sobre elementos esenciales, toda vez que estos no solo se encuentran concentrados en un artículo específico sino en varios y ello va ser determinante en los límites materiales de reforma cuando de sustitución de Constitución se habla.

Así entonces, la manifestación en la demanda de encuadrar jurídicamente la autonomía personal como elemento esencial de la Constitución a lo largo de un articulado se materializó en forma resumida de la siguiente manera:

El Art. 1 funda a “Colombia como un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria (...) y fundada en el respeto de la dignidad humana”: De ahí que la Corte en Sentencia T-881 de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre) indique que la Dignidad Humana como pilar de una Constitución liberal era ejercida intrínsecamente por la autonomía personal en tres (3) momentos:

- i) Vivir como quiera: Entendida como la posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características.
- ii) Vivir Bien: Entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia.
- iii) Vivir sin Humillaciones: Entendida como la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física o integridad moral.

Es así, como los accionantes argumentan que el Artículo demandado vulnera el “Vivir como Quiera” propio de la dignidad humana y que por tanto lo sustituye de manera grosera en el Artículo 49 de la Constitución.

El artículo 13 de la Carta Fundamental (Todas las personas nacen libres e Iguales) permite a los accionantes en la demanda establecer una estrecha relación entre la igualdad y libertad, pues argumentan que no puede existir cada una de manera individual, es decir, para su permanencia deben coexistir las dos (además de estar ratificado en Sentencia T- 406 de 1992 M. P. Ciro Angarita Barón). Entonces, del mencionado argumento, se dice en la demanda que el Estado no puede de manera arbitraria expedir una lista de sustancias que no se puedan consumir, que ello naturalmente desconoce el libre desarrollo de la personalidad al afectar la autonomía personal de los ciudadanos colombianos.

A su vez, invocan en la acción de constitucionalidad el desconocimiento de la Autonomía Personal en lo que se refiere a la Intimidad. Objetan que si bien es cierto que el Estado debe respetar este derecho como un secreto de la vida privada y como una libertad, el acto legislativo 2 de 2009 no lo hace, pues coacciona a las personas a no poder tomar por sí solas decisiones concernientes a su vida privada, es decir, el Estado afecta las determinaciones íntimas de la personas menoscabando su autonomía.

Así mismo, la demanda se estructura con el firme ánimo de también demostrar que los artículos 5, 6, 7, 12, 16, 18, 19, 42 de la Carta Fundamental se están viendo desconocidos y sustituidos, como elementos esenciales de la Constitución plasmados a título de derechos fundamentales, por el acto legislativo 2 de 2009 que reformó el Art. 49 del mismo texto.

A su turno y para mí, la norma más importante que citan los demandantes en la demanda es el derecho a la salud, toda vez que comprende en su interior la conservación de la vida, como fin esencial del estado social de derecho colombiano. De manera tal dicen que en el ejercicio de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad se justifica la potestad de tomar decisiones sobre la propia salud, argumento tomado de la Sentencia C - 335 de 2006 M. P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas. Además adicionan: el Art. 16 de la Constitución es una Clausula General de Libertad lo que implica que cada quien

puede hacer con su vida lo que le plazca (SU. 641 de 1998 M.P Carlos Gaviria). Sin perjuicio de lo anterior, se suman al rechazo que hace el Estado en programas de mendicidad, alcoholismo y drogadicción en Sentencia C – 040 de 2006, que expresa que quien decide drogarse no puede ser sancionado por ello.¹

En un segundo momento, la demanda de exequibilidad acepta que el principio de la Autonomía Personal no prohíbe de manera absoluta las medidas para proteger a las personas; de ahí que al Estado solo se le atribuyan dos (2) posibilidades para intervenir en determinadas políticas:

- a. Elevando ciertas medidas no obligatorias que no impongan prohibiciones ni obligaciones sobre la salud (Ejemplo: Medidas de política pública contra el consumo de sustancias nocivas para la salud).
- b. Dictar medidas contra riesgos inmediatos contra la vida e integridad de las personas (Cinturón de Seguridad). Sin embargo, hay que distinguir dos (2) tipos de medidas que se deben dar por necesarias en dicha intervención según la Sentencia C – 639 de 2010 (M. P. Humberto Sierra Porto):
 - Medidas Proteccionistas: Son aquellas permitidas por el principio de la Autonomía Personal y su fin es proteger dicho principio.
 - Medidas Perfeccionistas: Aquellas que prohíben el principio de la Autonomía Personal y su fin es imponer un modelo de vida coactivo aun siendo contrario a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (Elemento esencial de nuestro ordenamiento).

Excepción: Personas discapacitadas, que no han logrado su independencia.

¹ La enumeración y explicación de los artículos anteriores que a consideración de los demandantes vulneran el Acto Legislativo 2 de 2009 tienen plena correspondencia y similitud con los de la demanda. Ello se hace con el fin de lograr una exactitud y mejor comprensión de los argumentos expresados.

Así entonces, los demandantes abogan porque el Acto Legislativo 2 de 2009 es una Medida Proteccionista que sustituye los esquemas de vida de las personas por imposición de medidas coactivas como el Art. 49 Inc. 6 (Parte demandada). Afirman los demandantes, que el hecho de portar o consumir este tipo de sustancias en ningún momento viola derechos de terceros; simplemente con esta disposición hay una imposición de modelo de vida por parte del Estado y por consiguiente hay una clara y grosera sustitución de Constitución de 1991.

Y por último, hay un tercer momento importante de la demanda que describe el alcance de la prohibición demandada, pues se afirma que la Constitución no puede impedir o prohibir conductas que solo convengan al individuo, pues la prohibición renuncia a la obligación de educar por parte del Estado sobre estos asuntos. Quebrantando la Autonomía Personal el constituyente derivado, dicen, no puede imponer un fuero interno de las personas que en últimas representa un límite para la actividad del Estado.

Entonces, la prohibición del Acto legislativo pretendido como inexecutable por los acionantes es un abuso contra la Autonomía personal y sin embargo el Estado lo denuncia como una conducta moralmente incorrecta cuando ni siquiera representa un peligro para la salud pública de una organización pluralista y respetuosa de la dignidad humana como la colombiana.

Los demandantes invitan a un juicio ordinario de sustitución de Constitución y a declarar INEXEQUIBLE la parte acusada del Art 49 de la Constitución Política.

Respecto de esta demanda pienso lo siguiente: De entrada hay que advertir que la Constitución de 1991 fue el resultado por primera vez del mayor consenso social en la historia de Colombia, pues las Constituciones que anteceden a esta casi que fueron impuestas. Sin embargo, por tal consenso la carta debilitó el cuerpo axiológico de la presente dejando un gran vacío constitucional que nos permite hablar de sustitución de Constitución.

A la fecha, los 20 años de la Constitución han dejado 29 reformas representados en 54 artículos que sin duda alguna generan el más importante interrogante: ¿A este punto habrá una Sustitución de

Constitución y ha sido la voluntad del pueblo como constituyente primario? Así las cosas, la reciente demanda que acusa de inconstitucionalidad el Art 49 de la Constitución plantea, como en otras, una posible sustitución de Constitución que de modo insinuante e irresponsable jurídicamente, equipara los principios de Constitución con los derechos fundamentales logrando entonces permear la estabilidad normativa de la ley fundamental.

Así entonces, tal desafío de exequibilidad solo deja satisfecha la oposición a un interés político por vía jurisdiccional, pues en su momento, como afirman algunos congresistas, el Acto Legislativo 2 de 2009 no pudo ser controvertido minoritariamente en su proceso de formación, motivo que deja en entredicho la legalidad del Acto Legislativo y que debe entrar a evaluar la Corte Constitucional. Además de ser un argumento pujante para la inconstitucionalidad, pues la misma procedería respecto de vicios de forma; pero el presente no fue mencionado en la demanda, hecho que deja en entre dicho la pobreza jurídica de la demanda, pues ella se dedicó a extender renglones de cátedra moral y ni siquiera satisfizo el test de sustitución de Constitución.

Sin embargo, es una demanda que rescata la protección a determinados valores propios de la intimidad de las personas que pretenden ser sustituidos ante la inoficiosa y mediocre tarea del Estado en materia de políticas públicas de salud.

Concepto Procuraduría General de la Nación

Como es sabido, la Procuraduría General de la Nación está en la obligación de emitir conceptos acerca de las demandas de inconstitucionalidad en forma previa al fallo o sentencia de la Corporación.

El Ministerio Público comienza por aducir que la demanda es un simple “Discurso Pro Autonomía”, pues el mismo tiene un propósito abierto e ilimitado de señalar que el Estado no puede educar a las personas con mandatos represivos que limitan la libertad. Agrega además que el problema jurídico a resolver en la demanda es la sustitución de Constitución. Sin embargo, para ello la Procuraduría advierte previamente:

- Que las competencias atribuidas al Congreso en el título VIII no son ilimitadas y que por lo tanto no pueden sustituir ningún elemento de la Constitución.
- La demanda no puede señalar indirectamente una eventual sustitución, sino que debe hacer una comparación completa e integral entre el texto sustituido y el texto que lo sustituye requisito que no se evidencia por ningún lado de la demanda.

Así las cosas, la Procuraduría le dice a la Corte Constitucional que el porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas merece 3 importantes reflexiones:

En primer lugar, expresa esta Institución que el porte y consumo no son conductas que deban ser vistas individualmente, es decir, separadas de la convivencia social, pues quien porta y consume en su vida asume riesgos en: vida, salud, ingresos, costos sanitarios, familia y vida en comunidad.

En segundo lugar, la Procuraduría afirma que dentro del mercado (producción, distribución y consumo) las drogas operan bajo medios de criminalidad y violencia en los cuales se engendran roles mafiosos, de carteles y grupos armados. Ante estas circunstancias Colombia ha suscrito tratados o instrumentos mediatos a solucionar este problema con organizaciones supranacionales, pero todo debe comenzar por establecer medidas internas tendientes a protocolizar el cumplimiento de los convenios internacionales.

Y en tercer lugar, expresa el Ministerio Público que ni el porte ni el consumo son asuntos concernientes a la vida íntima de las personas. Recordemos que así lo expresan José Gregorio Hernández, Hernando Herrera, Fabio Morón y Vladimiro Naranjo en el salvamento de voto hecho en la sentencia C – 221 de 1994: “La adicción al consumo no puede ser objeto jurídico de protección”.

De esta manera, la Procuraduría General de la Nación aboga de manera anticipada por precaver que la parte demandada por inconstitucional no puede en la demanda ser tomada de manera independiente ni siquiera en forma gramatical o jurídica, pues la misma hace parte de

un párrafo cuyo contenido es omitido en la demanda generando una expresión errónea de la norma, lo que lleva a su vez a que los actores estén impedidos para ver que la Constitución procura por el cuidado de la salud personal y la de la comunidad.

Igualmente se sugiere por esta Institución que la salud personal y de la comunidad no es un tema ético moral que incida en el ámbito de la Autonomía Personal. La propia Constitución asume que la prohibición del porte y el consumo es un deber jurídico y no una mera pauta de lo correcto e incorrecto. Sin embargo, anota el Ministerio que:

- ❖ **La carta política no penalizó el porte y el consumo, sino lo prohíbe salvo prescripción médica en una función de velar por la salud a través de medidas y tratamientos preventivos de rehabilitación y ello lo hace en desarrollo de un deber constitucional del cuidado integral del individuo y la comunidad.**

Entonces, el porte y el consumo es un incumplimiento a un claro deber constitucional como una manifestación humana que comporta un límite de la vida en comunidad que puede imponer el Estado.

Por último la Ministerio Público, recuerda que en Sentencia C – 555 de 1994 y C – 916 de 2002 la Corte Constitucional precisa que la autonomía personal puede ser limitada en razón de fines constitucionales de valor social. Por consiguiente no es una intromisión a la esfera ética o moral de las personas como se pretende hacer valer en la demanda.

Pide que se declare la EXEQUIBILIDAD de la norma.

El concepto del Ministerio Público, a mi parecer, es una perspectiva razonable y sensata dirigida a dilucidar y estructurar un debate que hasta hoy no lo ha sido. Por primera vez este órgano va a aclarar que la prohibición no es una penalización sino un deber constitucional, lo que implica que el hecho de portar o consumir estupefacientes o sustancias sicotrópicas no puede aparejar consecuencias de cárcel sino por el contrario un mero correctivo jurídico. Pero ¿será que, por

cumplir estrategias de cooperación internacional se deben sacrificar derechos y libertades de los ciudadanos?

Esta visión rígida de la Procuraduría sin duda alguna es la continuación propagandista de políticas que combaten la producción y consumo de estupefacientes y sustancias sicotrópicas ratificadas por Colombia mediante instrumentos internacionales, pero sin perjuicio de ello el afán diplomático del Estado de aparentar a las carreras sus compromisos multilaterales ha llevado al sacrificio de las libertades plenas de las personas que pone en entredicho la sustitución de Constitución.

Ese interés estatal manifiesto, de positivizar un deber constitucional como respuesta al desarrollo de instrumentos de cooperación internacional contra las drogas, no puede disfrazarse de política pública de salud como intenta hacerlo ver el Ministerio Publico. Si de verdad hubiese un compromiso serio y auténtico respecto de la salud por parte del Estado, como lo encomienda la Constitución, no moriría gente en la entrada de los hospitales, no existirían problemas para el acceso a la salud o, a lo mejor, los costos de la misma no serían tan altos, que sin duda alguna lo único que se ha logrado es la estratificación de la salud. Entonces sugiere, por lo que dice la Procuraduría, que como es un deber constitucional y no se debe portar ni consumir estupefacientes o sustancias sicotrópicas el adicto o enfermo está en la obligación de curarse. Una política bastante inquisitiva que podría abiertamente estar sustituyendo la Carta Fundamental.

Concepto Universidad Sergio Arboleda

Comienza la Universidad indicando a manera de problema jurídico, que el fin de la norma demandada pretende modificar la Carta con el propósito de contrarrestar la interpretación dada por la Corte Constitucional en Sentencia C – 221 de 1994 sobre la regla de la dosis personal, que también ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia al impedir la criminalización de la dosis en tanto ausencia de antijuricidad material.

De esta manera pide que se declare la EXEQUIBILIDAD de la norma por las siguientes razones:

En primer lugar, la Universidad aduce a que la Constitución tiene algunos principios orgánicos y funcionales del Estado que definen la forma de Estado, la democracia y la separación de poderes entre otros. Sin embargo, la Teoría de la Sustitución debe ser reducida a una expresión mínima por la cantidad de principios que se deben proteger. Y adicionalmente dice que no se pueden considerar todos los derechos fundamentales como elementos definatorios de la Carta.

En segundo lugar, argumenta nuestro claustro que si la Corte llegase a declarar la Autonomía Personal como un elemento definatorio de la Constitución dentro del Art 49, sería contrario al juicio de sustitución y a la Constitución misma, en tanto, la Carta permite la limitación a los principios y a los mismos derechos fundamentales.

En tercer lugar, dice que en la Sentencia C – 1040 de 2005 prevé una metodología de juicio de sustitución, para lograr mostrar un elemento definatorio de la identidad de la Constitución, pero la demanda no lo hace, pues de ninguna manera muestra el principio sustituido por el que lo sustituyó o uno anterior u opuesto. Es decir, la demanda a la consideración de la Universidad no pasaría tal JUICIO.

Pide que se declare la EXEQUIBIILDAD.

Concepto por supuesto y sentado a técnicas jurisprudenciales.

Muchas gracias.