



**La dosis personal en
adolescentes - un caso de
disanalogía frente a la
jurisprudencia de la corte
suprema de justicia y de la
corte constitucional**

Segundo Olmedo Ojeda Burbano



Resumen

En este artículo de reflexión, se trata de abordar la interpretación jurídica de las altas cortes respecto al tema crucial para el país de la dosis personal de sustancias psicoactivas en adolescentes. Se encontró que la Corte Constitucional autoriza el porte de la dosis personal de estupefacientes, y lo mismo sucede con la Corte Suprema de Justicia. Pero ambas cortes se refieren solo a los adultos. En el presente artículo se propone que esta decisión no aplica a los niños y a los adolescentes, porque estos tienen un carácter distinto al de los adultos y la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de protegerlos.

Palabras clave: estupefacientes; dosis; interpretación jurídica; adolescentes; niños.

La dosis personal en adolescentes - un caso de disanalogía frente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional

A dose pessoal em adolescentes, um caso de disanalogía (incumbe ao juiz apartar-se do precedente) entre a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça e da Corte Constitucional

Individual dose on adolescents - A disanology case between the jurisprudence of the Supreme Court of Justice and the Constitutional Court

Segundo Olmedo Ojeda Burbano**

Abogado, juez de familia, Manizales - Colombia

Para citar este artículo:

Ojeda, Olmedo (2016). La dosis personal en adolescentes - un caso de disanalogía en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. Ambiente Jurídico N° 20. pp. 71-108

Recibido el 2 de septiembre de 2016 - aprobado el 6 de noviembre de 2016

* Ete artículo proviene de la tesis de maestría del autor, titulada “La interpretación “adulto-punitivista” de la ley 1098 de 2006 como manifestación de la eficacia simbólica del derecho. Estudio de un caso de los juzgados penales del circuito para adolescentes de Manizales. Universidad de Manizales, Facultad de Ciencias Jurídicas, realizada entre el mes de enero de 2015 y el mes de Junio de 2016. El campo es el Derecho penal de adolescentes. Es un estudio socio jurídico relacionado con la hermenéutica jurídica.

** Abogado. Magíster en Derecho, Universidad de Manizales. Especialización en Derecho Laboral, Especialización en Derecho Penal, Especialización en Derecho Público. Juez Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Manizales. <http://orcid.org/0000-0001-5810-6391>. Correo electrónico: olmedojeda@gmail.com

Resumo

Neste artigo de reflexão, trata-se de abordar a interpretação jurídica das altas cortes respeito ao tema crucial para o país da dose pessoal de substâncias psicoativas em adolescentes. Encontro-se que a Corte Constitucional autoriza o porte da dose pessoal de estupefacientes, e mesmo assim acontece com a Corte Suprema de Justiça. Mas as duas cortes se referem unicamente aos adultos. No presente artigo se propõe que esta decisão não aplica às crianças e aos adolescentes, porque estes têm um caráter distinto ao dos adultos e a família, a sociedade e o Estado têm a obrigação de protegê-los.

Palavras chave: estupefacientes; doses; interpretação jurídica; adolescentes; crianças.

Abstract

This reflection paper is an intent to deal with the legal interpretation of the Supreme Court regarding the country's crucial subject, which is the individual dose on adolescents. The Constitutional Court and the Supreme Court authorize the carrying of the individual dose of drugs. Nevertheless, both courts refer only to adults. This paper states that this decision does not include children or adolescents, because their character is different to adults, families. In this regard, the society and the State have the responsibility of offering a suitable protection to them.

Key Words: drugs; doses; legal interpretation; adolescents; children.

Introducción

Para quienes nunca han visitado uno de los barrios ubicados en los cinturones de miseria de nuestras ciudades para palpar la realidad de nuestra niñez y juventud, pueden ver las películas de Víctor Gaviria Rodrigo D: No futuro (1990) o La Vendedora de Rosas (1.998), donde se muestran descarnadas escenas de niños de 6, 7 u 8 años en adelante, totalmente obnubilados por el consumo de sustancias psicoactivas. Sin recurrir a las aburridas cifras y estadísticas, bastan estas imágenes cinematográficas para reconocer el daño personal, familiar y social que produce el consumo de sustancias psicotrópicas aún en dosis mínimas a los niños, niñas y adolescentes, por ello, nos planteamos como propósito de este estudio resolver la pregunta si un Estado Social de Derecho como la Carta Política de 1991 se autoproclama en nuestro país, puede permitir que los niños, niñas y adolescentes consuman sustancias psicoactivas como se ha planteado por las Altas Cortes en el caso de los adultos o si se debe protegerlos del abuso de esas sustancias, apartándose de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Para resolver el problema planteado se harán algunas precisiones respecto a la interpretación judicial y constitucional, sobre la fuerza del precedente de las dos altas Cortes. En seguida se abordará los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional respecto al tema de consumo de estupefacientes en adultos, para terminar confrontando esas posiciones jurisprudencial con la situación de los adolescentes detenidos con sustancias psicoactivas en la ciudad de Manizales, entre el 21 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 02, y el 21 de diciembre de 2013, con fecha de cierre del estudio estadístico.

Siempre que haya necesidad de desentrañar el sentido de una expresión como acto de comunicación habrá necesidad de interpretar, por lo que la interpretación se hace necesaria en varios campos del conocimiento, pero como estamos ante la ciencia del derecho limitaremos esa actividad a la interpretación jurídica, esto es del enunciado básico del derecho como es la regla jurídica, entendiendo por interpretación jurídica como: “la actividad por la cual se determina el sentido de las expresiones del derecho”

El derecho como producto social requiere de la comunicación no solo para escoger la regla objeto del consenso entre más de dos personas, sino

también para cumplir su fin de imponer esa regla al conglomerado. Como todo producto de la comunicación humana hace uso del lenguaje, especialmente de la palabra escrita componiendo con ellas el enunciado básico del derecho como es la regla jurídica. Empero esa comunicación no siempre es clara pues las palabras por naturaleza son vagas y ambiguas, precisándose una constante interpretación para desentrañar su sentido.

Si bien, la ambigüedad de las palabras resulta tan antigua como el lenguaje mismo, podría pensarse que hubo interés por la interpretación de la norma jurídica desde el nacimiento del derecho, pero no siempre este tema preocupó a los juristas pues los primeros datos sobre interpretación de la ley se dan con la obra de Justiniano (Gómez, 1862), la cual creía tan perfecta que prohibió a los abogados comentarla o glosarla¹. Mas la perfección de la norma, como uno de sus presupuestos permanentes, no fue la causa del desinterés de los primeros juristas por el tema de la interpretación jurídica, sino la falta de necesidad originada en el sistema político vigente, ya que los primeros sistemas políticos confundían en un solo cuerpo las funciones de creador, ejecutor y aplicador de la norma, tenga el nombre que fuere, como príncipe, zar, rey, monarca, emir, etc.

Entonces la preocupación por la interpretación judicial surge, con el planteamiento del concepto de la división tripartida del poder, como hoy lo conocemos y que separa en cuerpos diferentes la función de legislar, ejecutar y juzgar, planteamientos efectuados en 1690 por Jhon Locke en su obra “Tratado sobre el gobierno civil”, retomados ya en 1748 por Montesquieu en su libro “El espíritu de las leyes” y los cuales resultaran fundamentales para la Revolución Francesa de 1890.

Por esta época se ubica igualmente la “desconfianza” de los revolucionarios franceses para con la interpretación de la ley por parte de los jueces, la cual se origina en años anteriores donde el monarca francés ante la imposibilidad de resolver todos los casos, había delegado a los jueces la administración de justicia pero sin poder para interpretar la ley y los *Parlements* o Tribunales de soberanía, a quienes se les atribuyen los desafueros causantes de la incredulidad en el Juez, de tal manera que reservan la tarea interpretativa de la norma a su creador, es decir, al legislador, tal como

¹ La misma prohibición se repite en las Partidas (ley 14, Título I, Partida I), y en la Novísima Recopilación (Ley 3, Título II, Libro III) y Alfonso II de Aragón hizo lo propio.



se planteó en el decreto orgánico 16-24 de agosto de 1790, título II artículo 10, dando lugar a la interpretación auténtica, origen remoto del original artículo 25 de nuestro centenario Código Civil¹.

Como el Juez queda limitado a la aplicación mecánica o estricta de la ley, el único método admisible de interpretación es la exegesis, al punto se evidencia el culto a la ley y respetar su espíritu que las sentencias violatorias de la norma, podían ser anuladas por el Tribunal de Casación creado por la Asamblea Constituyente francesa con los decretos del 27 de noviembre y 1º de diciembre de 1790.

En este momento surge la exegesis como método de interpretación, inicialmente como método exegético analítico y luego como método sintético. Si el tema central de este estudio fuera la interpretación judicial se deberían describir los avances sobre la materia, los cambios sociales, políticos, filosóficos y jurídicos que los causaron y sus consecuencias, así como sus manifestaciones en nuestra legislación (Art. 4 al 32 del CC), los métodos, herramientas y momentos. Aquí solo diremos que en términos generales la exegesis y su culto a la ley, reinó casi hasta finales del siglo XIX, como lo explica François Geny en su publicación de 1899 denominada “Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif”. Ante su crisis, emerge los postulados de la Escuela Histórica del Derecho de Federico Carlos de Savigny (2004), distinguiendo cuatro elementos para una adecuada interpretación: elemento gramatical, elemento lógico, elemento histórico y elemento sistemático. Des-

¹ *Artículo 25. Interpretación por el legislador.* La interpretación que se hace *con autoridad* para fijar el sentido de una ley oscura solo corresponde al legislador”. Las palabras en cursiva fueron declaradas exequibles condicionadamente cuando la Corte Constitucional en sentencia C-820 de 2006, “actualiza” la norma.

pués surge la Escuela de la Jurisprudencia Dogmática propuesta por Rudolf von Ihering (1.881) (1957), que habla del “interés” del Juez de adoptar la decisión. A ella le sucede la escuela del Derecho Libre de Hermann Kantorowicz, en la que el Juez puede crear una norma en función de la justicia. Después, aparece la escuela del realismo jurídico norteamericano de Oliver Holmes, Karl Lewellyn, Jerome Franck y el realismo jurídico escandinavo de Alf Ross y Karl Olivecrona, que centran la aplicación de la norma en su eficacia. Finalmente, están los estudios de retórica jurídica de Chaim Perelman y de argumentación jurídica de Manuel Atienza, en los que la decisión del juez se debe respaldar con argumentos para convencer.

Esta escueta relación de las corrientes de interpretación jurídica indican que esta figura jurídica, se correlaciona con el avance de la sociedad, del sistema político, de los órganos judiciales, e incluso del concepto del derecho en cada país, pero sobre todo la relación entre el Juez, derecho y justicia. Para centrar aún más el tema, nos ocuparemos de dos de sus componentes como son: la doctrina probable y la doctrina constitucional.

La doctrina probable

Como se dijo, los revolucionarios franceses, en su afán de cambiar el *ancien regime*, entronizaron a la ley, pero paradójicamente, al establecer el Tribunal de Casación, aprovecharon esta institución reconocida por la Ordenanza del 23 de marzo de 1302, para buscar la estricta aplicación de la ley por los jueces. Cuando el tema era oscuro y el Tribunal insistía en su “interpretación”, había necesidad de una segunda casación y se utilizó la técnica del reenvío del asunto mediante el *référé législatif*, mecanismo que ya no fue necesario ante la aparición de la jurisprudencia constante.

Según Morcillo (2001) el Código Civil de 1887 tuvo como redactor a Andrés Bello, quien también lo fue del Código Civil Chileno encargado por el Presidente de ese país. Bello se basó en el Código Civil Francés de 1804. Según el mismo autor, a su vez, las raíces del Código Francés están en el Derecho medieval español y el de este derecho, en el derecho romano.

Por lo tanto, es de suponer que la ley 153 de 1887 y la ley 169 de 1889, beben de la misma fuente socio-política del Código Civil Colombiano de 1887. Vemos claro que el contexto de las normas en comento, es el de los revolucionarios franceses, quienes con su desconfianza hacia el Juez pretenden mantener impoluto el espíritu del legislador, para ellos lo más im-

portante es la ley, en el respeto a la ley fundan el principio de igualdad, so pena de muerte, de allí el primigenio aforismo de la República francesa: “*Liberté, égalité, fraternité, ou la mort*”. Lema más tarde modificado solo por “*Liberté, égalité, fraternité*”. La Revolución se hizo para que el hombre fuera tratado en forma igual ante la ley¹.

El papel del Juez en este orden jurídico se limita a traducir el espíritu de la ley, actitud con la cual se pretende mantener intacto el querer legislativo, con herramientas interpretativas como la exégesis. En este contexto, la fuente del derecho es la ley, y aunque se reconocen las dificultades interpretativas, para su solución se autoriza al Juez a recurrir como criterios auxiliares de la ley, a la doctrina, la costumbre, la equidad, según los artículos 24 a 32 del C.C., y a la doctrina probable del artículo 10 de la ley 153 de 1887, figura nacida de la jurisprudencia francesa.

La norma de la doctrina judicial probable, traspasó el paso del tiempo, y en la costumbre jurídica de nuestro país jamás se cuestionó que las tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto constituyeran doctrina probable para los Jueces de menor instancia. La cuestión fue tan grave que al poco tiempo, el artículo 371 de la ley 105 de 1890, establecía como causal de casación la violación de la doctrina legal más probable, en pocas palabras, el apartarse de la decisión de la Corte Suprema de Justicia era causal de casación. Figura jurídica que en adelante, se replicaría en todos y cada uno de los códigos procesales de las diferentes áreas de la justicia ordinaria.

La figura tuvo pacífica aceptación hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, pues la creación de la Corte Constitucional cambia las reglas de juego, especialmente al interpretar el artículo 243 de la Carta Política sobre los efectos de sus decisiones dando lugar a una pugna entre las altas cortes denominada “Choque de trenes”.

Más adelante determinaremos como en materia penal de adultos, existe una nutrida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al porte de sustancias psicoactivas en dosis mínimas o ligeramente superiores constituyéndose en un caso de doctrina probable.

¹ Artículo 1º Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho. Las distinciones sociales no pueden ser fundadas más que sobre la utilidad común (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789)

El precedente constitucional

La relación entre interpretación judicial e interpretación jurisdiccional es de género a especie, pues la segunda tiene características como su origen, una finalidad, principios y herramientas distintas, en tanto se trata de la interpretación de una norma única como es la norma constitucional.

Respecto al origen, la interpretación de la norma constitucional surge con la primera constitución escrita atribuido a la Convención Constitucional de Filadelfia de 1787, y con el célebre caso *Marbury vs. Madison* de 1803 cuando la Corte Suprema de Justicia afirma su competencia para ejercer control constitucional de las leyes atentatorias de la Constitución.

En Colombia, si bien desde la independencia con la Carta de 1811 se vienen expidiendo constituciones con alguna regularidad, en aquella época sus normas ostentaban menor importancia que la norma común, al punto que el Título III de la centenaria Constitución de 1886 fueron incluidos en el Código Civil de 1887, e incluso la ley tenía posterior tenía presunción automática de constitucionalidad¹, por lo que el control constitucional se limita al control político y solo hasta 1910 con el Acto Legislativo 03 en su artículo 41, confía la guarda de la Constitución a la Corte Suprema de Justicia. El siguiente paso a destacar fue el Acto Legislativo 01 de 1968 y la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 y las funciones por la Corte Constitucional, al determinar los efectos de sus providencias la Corte fue tímida como ocurrió en la Sentencia C-113 de 1993². El siguiente pronunciamiento sobre el tema fue la sentencia C-194 de 1995, en cuya Aclaración del Voto, los Magistrados adoptan un sistema de *stare decisis*³.

¹ Ley 153 de 1887 artículo 6º: “Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplicará aún cuando parezca contraria a la Constitución.”

² López Medina comenta sobre este pasaje: “No obstante, cabe recordar que ni aún en la sentencia mediante la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable parcialmente el artículo del Decreto 2067 de 1991 en el cual se decía que la doctrina constitucional anunciada en las sentencias de la Corte Constitucional era criterio auxiliar “obligatorio” (artículo 23), la Corte sostuvo que las sentencias carecían de fuerza vinculante para los jueces en casos futuros.” López Medina, Diego Eduardo. (2002). Interpretación Constitucional. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla – Consejo Superior de la Judicatura. Página 79. Bogotá Colombia.

³ Corte Constitucional, sentencia C-194 de 1995, Salvamento de Voto, Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa: “Consideramos que si bien en Colombia no existe una rígida regla de *stare decisis*, tal como opera en los países de

Para 1997, la teoría del precedente, a pesar de ser ajena a nuestra tradición por provenir del common law anglosajón, es adoptada plenamente en Auto 013¹ y en la sentencia SU-047², estableciendo el desconocimiento de la doctrina constitucional como una “vía de echo” ante la cual incluso procede la acción de tutela, tornando obligatorio el acatamiento de su interpretación.

Al principio la Corte Constitucional limita el sistema de precedente solamente a su doctrina constitucional y lo diferencia con la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado como extensamente lo explica en la sentencia C-836 de 2001, lo que generó el conflicto entre las tres Órganos de Cierre denominado por la opinión pública “Choque de Trenes”, últimamente se morigera esa posición para equiparar similares efectos vinculantes de la interpretación dada por las Altas Cortes, según sentencia C-335 de 2008³:

Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundando en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos.

Tenemos entonces que se trate de la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia o se trata de la doctrina constitucional de la Corte Constitucional, la interpretación dada por estos órganos es de obligatorio seguimiento para los funcionarios judiciales. Ahora bien, examinemos la posición jurisprudencial de las mencionadas Cortes sobre el tema de la posesión de sustancias psicoactivas en adultos.

Posición de la corte constitucional en el tema de dosis personal

No es nuestra pretensión hacer una historia del narcotráfico, ni se relacionarán los problemas que este flagelo le ha traído a Colombia y menos se analizará las distintas posiciones entre legalización y persecución o las

Common Law, debemos aceptar que en principio todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus precedentes”.

¹ Corte Constitucional, Auto 013 de 1997, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

² Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Drs. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

³ Corte Constitucional, sentencia C-335 de 2008, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

tensiones entre libertades individuales y la seguridad ciudadana, solo mencionaremos algunos tópicos normativos para contextualizar el problema, afirmando ya la ley 11 de 1920 pretendía sancionarlo con multas a quienes consumían sustancias psicoactivas, luego el decreto 1669 de 1964 penalizó el consumo de los estupefacientes, el Decreto 1136 de 1970, imponía el internamiento para tratamiento en salud de quien alterara la tranquilidad ciudadana con el consumo público, el Decreto 522 de 1971, permitía su consumo en lugares privados, para culminar con el Decreto 1188 de 1974 o Estatuto Nacional de Estupefacientes. Este último fue examinado por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 6 de mayo de 1980, publicada en la gaceta Judicial 2402, donde distingue claramente entre la dosis para el consumo personal del adicto, a quien se privilegia, y las cantidades superiores destinadas a la venta o comercialización, es decir con clara intensión económica a quien se castiga.

Estos antecedentes normativos y la Convención Única sobre Estupefacientes de la ONU de 1961, sirven de base para la expedición de la ley 30 de 1986 o Estatuto Nacional de Estupefacientes, normatividad que si bien se expide en un contexto de lucha contra el narcotráfico, continúa con la concepción de penalizar las conductas lesivas y favorecer a las víctimas que han caído en el abuso de las drogas pues se hace salvedad para la dosis terapéutica y la dosis de uso personal, según la definición de los literales i) y j) del artículo 2¹, Debiéndome detener en la segunda, esto es, la dosis personal. Tal norma se debe concordar con el artículo 51², con el artículo

i) Dosis Terapéutica: Es la cantidad de droga o de medicamento que un médico prescribe según las necesidades clínicas de su paciente.

j) Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo.

Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos.

No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad.

² “Artículo 51. El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta Ley, incurrirá en las siguientes sanciones:

87¹ y lógicamente con el artículo 33² del tipo penal básico del tráfico de estupefacientes. Dos años después de la expedición de la norma, ya la jurisprudencia penal sienta la posición, aún vigente sobre la dosis personal y la dosis de aprovisionamiento³:

La cuestión todavía es más visible entre la contravención (usuario de la planta o droga) y el delito (cultivador, conservador o financista del cultivo, y, traficante de la droga).

De ahí entonces que de manera fácil y segura pueda decirse que –lo que se anota en beneficio del consumidor no se predica de la otra categoría, compuesta esta última de variadas modalidades delictivas.

a) Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual.

b) Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero.

c) El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto.

La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de éste, a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva seccional de Medicina Legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquella.

El médico tratante informará periódicamente a la autoridad que haya conocido del caso sobre el estado de salud y rehabilitación del drogadicto. Si la familia faltare a las obligaciones que le corresponden, se le hará efectiva la caución y el internamiento del drogadicto tendrá que cumplirse forzosamente.”

¹ “Artículo 87. Las personas que, sin haber cometido ninguna de las infracciones descritas en este estatuto, estén afectadas por el consumo de drogas que producen dependencia, serán enviadas a los establecimientos señalados en los artículos 4 y 5 del decreto 1136 de 1.970, de acuerdo con el procedimiento señalado por este Decreto”.

² “Artículo 33. 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, incurrirá en prisión de seis (6) a veinte (20) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de julio de 1988, proceso No. 2496, M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez.

La norma fue demandada para su examen de constitucionalidad, oportunidad para ratificar esa interpretación desde el punto de vista constitucional cuando en celebre pronunciamiento la Corte Constitucional declara la exequibilidad del literal j) del artículo 2º de la ley 30 de 1986 y a la vez la inexecutable de los artículos 51 y 87 de la esa ley¹:

En otros términos: el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie.

Si yo soy dueño de mi vida, a fortiori soy libre de cuidar o no de mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte que, lícitamente, yo puedo infligirme.

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.

La argumentación central de tan sonada doctrina constitucional se funda en la filosofía del estado social de derecho donde el legislador no puede regular el comportamiento privado de la persona en tanto no afecte a ninguna otra. En la proscripción del peligrosismo del derecho penal actual donde se sanciona por un acto y no por un hecho futuro. En la dignidad humana como base del libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal, donde el individuo es libre de elegir su forma de vivir e incluso de cuidar o descuidar su salud.

Ante la “despenalización” de la dosis personal, se desató el contra-ataque desde las huestes del Gobierno de Andrés Pastrana Arango para tipificar de nuevo la conducta con los artículos 1 y 2 de la ley 745 de 2002, a la postre ineficaz al declararse inexecutable el artículo 5 de esa ley, por la Corte Constitucional, mediante sentencia de Constitucionalidad C-101 del 10 de febrero de 2004. Luego, Álvaro Uribe Vélez, con el Referendo Constitucional, vuelve a intentarlo, pero fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-551 de 2003. Y posteriormente, ese mismo gobierno volvió a intentarlo mediante los Actos Legislativos Números: 133 de 2006, 04 de 2007, 22 de 2007 y 02 de 2008, que fracasaron de nuevo en el Legislativo. Solo el Acto Legislativo

1 - Corte Constitucional, sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

02 de 2009, logró modificar el artículo 49² de la Constitución Política de 1991 para prohibir la dosis personal.

Esta norma fue atacada por vía de la demanda de inconstitucionalidad, entonces la Corte Constitucional mediante sentencia de Constitucionalidad 574 fechada el 22 de julio de 2011, siendo Magistrado Ponente el doctor Juan Carlos Henao Pérez, se inhibe de resolver de fondo.

Para desarrollar la reforma constitucional se expide el artículo 11² de la ley 1453 de 2001 modificatorio del artículo 376 del Código Penal para

1 “El artículo 49 de la Constitución Política quedará así: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

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.”

2 “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 Sicotró-

AMBIENTE JURÍDICO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

aumentar las penas. Norma atacada de inconstitucionalidad por lo que la Corte Constitucional en sentencia C-491 del 28 de junio de 2012, siendo Magistrado Ponente el doctor Luis Ernesto Vargas Silva, con fundamento en principios del derecho viviente y especialmente de los pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre dosis de consumo personal, declara la norma exequible condicionadamente a que no incluye la penalización de porte o conservación de dosis destinadas exclusivamente al consumo personal:

En consecuencia, declarará la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, en el entendido de que el porte de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética en cantidad considerada como dosis para uso personal, no se encuentra comprendido dentro de la descripción del delito de “tráfico, fabricación y porte de estupefaciente” previsto en esta disposición, y por ende no se encuentra penalizada.

De tal manera que desde el orden constitucional el porte de sustancias psicoactivas, en cantidades que se consideran de consumo personal está autorizado.

picas, 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.”



Posición de la corte suprema de justicia sobre dosis personal

La posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha derivado en una situación similar según la siguiente evolución jurisprudencial:

La penalización de la dosis personal se ve influenciado en materia penal de las doctrinas del garantismo penal de Luigi Ferrajoli (2001) y del derecho penal mínimo de Eugenio Raúl Zaffaroni (2002) aplicables a condenas por delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes donde se sentencia de manera “exagerada” a personas que apenas han sobrepasado el tope de la dosis mínima contemplado en el literal j) del artículo 2º de la ley 30 de 1986. No obstante, la Corte fue muy cauta en aplicar estas teorías. En principio, el 1º de marzo de 1996, en el proceso 11177, se declara inadmisibile la demanda de casación, pues:

Lo anterior está significando claramente, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sobre cuya base se produce la despenalización del consumo de sustancias estupefacientes, no tiene carácter absoluto, toda vez que la Corporación Constitucional reconoce como ajustado a las normas de rango superior, el precepto que limita la denominada dosis personal en cada caso.

La Corte, en principio fue prudente al aplicar el criterio interpretativo, de modo que en Sentencia del 27 de mayo de 2003, proceso No. 19856, no casó un caso de 27 gramos de marihuana. Lo propio pasó el 8 de agosto de 2005, en el proceso 18609, en un caso de 1.24 gramos de una sustancia a base de cocaína. Igualmente, en sentencia del 26 de abril de 2006, proceso 24612, donde tampoco se casó la condena de un ciudadano portador de 40.5 gramos de marihuana. Y, tampoco casó la condena de un ciudadano portador de 38.7 gramos de marihuana en sentencia del 8 de octubre de 2008, proceso 28195.

Sin embargo, al siguiente mes, la Corte Suprema de Justicia, da un giro a su posición jurisprudencial y en célebre sentencia del 18 de noviembre de 2008, dentro del proceso 29183, siendo Magistrado Ponente el doctor José Leónidas Bustos Martínez, se casa la sentencia condenatoria contra un ciudadano a quien se le incauta 29.9 gramos de marihuana, invocando los argumentos de la Corte Constitucional en sentencia C-221 de 1994, y acogiendo los alegatos de la falta de lesividad penal al afirmar:

Se pregunta la Corte si la simple posesión de la cantidad aludida por encima de la dosis personal, puede en este caso justificar la intervención del derecho penal y legitimar la imposición de una sanción.

Desde ningún punto de vista, teniendo en cuenta que en el proceso no se demostró que la conducta del acusado trascendiera la órbita de sus propios intereses, lo cual significa que la posesión de alucinógeno que se le imputa, no tuvo incidencia sobre derechos ajenos, individuales o colectivos o, lo que es igual, carece de trascendencia penal, sin que resulte válido su ejercicio so pretexto de proteger, a través del castigo, la propia salud del procesado adicto al consumo de marihuana, pues es un tema que sólo corresponde decidir a él en forma autónoma por ser el único rector de su propia vida.

En conclusión, si en ejercicio de sus personales e íntimos derechos, el acusado no afectó los ajenos, entonces no alteró efectivamente ningún bien jurídico, de manera que el comportamiento que se le atribuye carece de antijuridicidad material y, en consecuencia, no puede ser sancionado porque no alcanza la categoría de una conducta punible.

A partir de este momento, la línea jurisprudencial se hace pacífica e indiscutible, surgiendo empero otra preocupación, y es que con el avance del tiempo, la cantidad de estupefaciente considerado como dosis mínima y dosis de aprovisionamiento se fue aumentando, *verbi gracia*:

Proceso 31531 mediante sentencia del 8 de julio de 2009, siendo Magistrado Ponente el doctor Yesid Ramírez Bastidas se casa una sentencia donde un ciudadano fuera condenado por portar 48 gramos de marihuana, la cual considera “dosis de aprovisionamiento”.

Por su valor pedagógico e histórico, pues ya estaba vigente el Acto legislativo 02 de 2009, también podemos citar el pronunciamiento de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín fechada el 12 de febrero de 2010, proceso 2008-02503, donde se absolvió a un ciudadano que portaba 73.8 gramos de marihuana. En su Salvamento de Voto el doctor Rafael María Delgado Ortiz, se pregunta: “¿Cuál será el tope que la Sala va a determinar como “dosis de aprovisionamiento?”

Al parecer ese tope aún no se encuentra, pues mediante sentencia del 20 de noviembre de 2013, dentro del proceso 42417, siendo Magistrado Ponente el doctor José Luis Barceló Camacho, se inadmitió la demanda de casación en un asunto donde en segunda instancia se absolvió a un ciudadano sorprendido con 95.9 gramos de marihuana.

Finalmente en sentencia del 3 de septiembre de 2014, proferida dentro del proceso SP11726-2014 (33.409), siendo Magistrado Ponente el doctor José Leónidas Bustos Martínez, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia después de hacer un amplio recuento jurisprudencial de su posición sobre la dosis personal y concluye:

En tal orden de ideas, puede llegar a sostenerse sin hesitación alguna que, pasados todos estos cambios legislativos y pronunciamientos de la Corte Constitucional, esta Sala mantiene su línea jurisprudencial en el sentido de que (i) el sólo porte de dosis para fines de uso exclusivamente personal de sustancias estupefacientes, en las cantidades y variedades establecidas por el legislador, es una conducta atípica, en cuanto no afecta bienes jurídicos ajenos, distintos de la propia salud del consumidor o del adicto ...

Este escueto recuento en cuanto a la interpretación jurisprudencial de las dos Cortes, podemos esbozar las siguientes conclusiones: Primero, la posición inicial de la Corte Constitucional en sentencia C-221 de 1994, se funda en criterios del libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal. Luego de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2009, en sentencia C-491 de 2012, lo hace con fundamento en la teoría del derecho viviente y por los pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Segundo, la Corte Suprema de Justicia, cauta hasta octubre de 2008, el 18 de noviembre de ese año, cambia su posición y con fundamento en criterios de falta de lesividad del bien jurídico tutelado y remitiéndose a su vez, al pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-221 “despenalizando” la dosis personal aún a pesar de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2009. Tercero, se da una retroalimentación argumentativa entre las dos Altas Cortes comentadas, para dejar de sancionar a las personas sorprendidas con una sustancia en cantidad mayor a la dosis personal, a manera de un círculo vicioso. Cuarto, y quizá la más importante, la interpretación de las dos Cortes, se refieren exclusivamente a adultos. Ningún pronunciamiento menciona a los niños, las niñas y adolescentes. Incluso habría bastado con una salvedad para sacar de esa interpretación a esta especial población.

Respecto a esta última conclusión, al contrario, quienes siempre invocan la familia y los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes son quienes se oponen a la despenalización de la dosis personal, verbi gracia: los Magistrados Disidentes doctores José Gregorio Hernández Galindo,

Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa en su Salvamento de voto de la sentencia C-221 de 1994, el enunciado de la Ley 745 de 2002, el texto de la pregunta 16 del referendo del Presidente Álvaro Uribe en el año 2003, el Acto Legislativo Número 133 de 2006 cuando se trata de reformar el artículo 16 de la Constitución Política y el Acto Legislativo Número 22 de 2007.

Cuando las dos Altas Cortes omiten pronunciarse sobre la situación de los niños, las niñas y los adolescentes, o al menos en sus pronunciamientos de adultos omiten hacer alguna salvedad en cuanto a la interpretación sobre consumo de la dosis personal, siguen la caduca posición adulto-centrista de la cual habla Galvis (2006) por relegar a un segundo plano a estas personas, por lo que válidamente planteamos la pregunta central de este estudio. La interpretación jurisprudencial de las dos Altas Cortes sobre dosis personal para adultos es aplicable a los niños, niñas y adolescentes?. A pesar del carácter obligatorio del precedente vertical de los pronunciamientos de las dos Altas Cortes, nuestra respuesta es negativa, al considerar que existe una opción interpretativa diferente.

Antes de continuar, conviene hacer dos aclaraciones: Primera, no tomamos posición alguna respecto al porte y consumo de sustancias psicoactivas por personas adultas. Seguramente ellas, tal como lo dicen las Altas Cortes, son plenamente capaces de decidir por sí mismas. Y segundo, nuestra postura jurídica se refiere a los niños, niñas y adolescentes, lo que no contradice la tendencia actual mundial y nacional de despenalización, pues incluso el país más tolerante con las drogas blandas, como son los Países Bajos, su legislación permisiva solo se predica para los mayores de edad.

Aplicación de la interpretación jurisprudencial de dosis personal para adultos a los niños, niñas y adolescentes

La obligatoriedad de la interpretación de los órganos de cierre, ya sea la Doctrina Probable de la Corte Suprema de Justicia o la doctrina constitucional de la Corte Constitucional, desde sus orígenes se funda en la igualdad de todos ante la ley y en la seguridad jurídica de las relaciones de los asociados. A estas necesidades, sin embargo se contraponen la de permitir el avance del derecho ante las cambiantes situaciones planteadas por la sociedad, razón por la cual también se permite apartarse del precedente vertical y horizontal, así lo contempla la Corte:

3.8.3. Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga.

Una de las eventualidades donde la autoridad judicial se aparta del precedente es la disanalogía, que se presenta según López Medina (2002) cuando: "Si el caso futuro, por algún hecho clave o determinante, no es analogizable al caso anterior, el Juez puede inaplicar el precedente y aplicar otro, si respeta mejor la analogía".

Demostremos argumentativamente que nos encontramos ante un caso de disanalogía donde la interpretación de las dos Altas Cortes sobre dosis personal en adultos no es aplicable a los niños, niñas y adolescentes:

Derecho a la igualdad

Como dijimos, una de las causas por las cuales el precedente se torna obligatorio es la necesidad de un tratamiento igual para los asociados, similarmente a lo ocurrido con la ley, aplicable de manera general y abstracta en igualdad de condiciones para todos, su interpretación por parte de los operadores judiciales, como extensión de la primera, también debe ser aplicada sin distinción como manifestación del derecho a la igualdad.

Ciertamente el derecho a la igualdad es potente argumento en materia penal pues partiendo del artículo 13¹ de la Constitución Política, tiene

¹ "Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

acentuado desarrollo en el artículo 7^o1 de la ley 599 de 2000 y en el artículo 4^o2 de la ley 906 de 2004. Por su importancia, tanto en la Corte Constitucional, como en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia han elaborado una nutrida y vigorosa línea jurisprudencial para su protección, verbi gratia, la Corte Constitucional manifiesta³: "... desconocer un principio constitucional básico como el contenido en el artículo 13 de la Carta Política, que exige de modo perentorio que las situaciones iguales deben recibir un tratamiento también igual." En similar sentido la Corte Suprema de Justicia, ha dicho⁴: "La igualdad se halla instalada en el ordenamiento jurídico supremo como principio y regla y a partir de tal recepción configura un derecho y una garantía".

Por consiguiente, con fundamento en el principio de la igualdad en materia penal, si a los adultos les es permitido el porte de dosis personal y dosis de aprovisionamiento de sustancias psicoactivas destinadas al propio consumo, entonces a los adolescentes también les sería permitida dicha posesión. Pero la igualdad se predica ante situaciones similares y en este caso no operan situaciones idénticas sino diferentes, dado que un adulto no es igual a un adolescente. Dada la dificultad para determinar cuándo una persona logra su pleno desarrollo, la ley hace una presunción y fija los 18 años de edad (Artículo 1^o de la ley 27 de 1977) como límite para considerar a una persona como adulta. Puesto que los menores de esa edad son consi-

¹ El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

² "ARTÍCULO 7o. IGUALDAD. La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política."

³ "ARTÍCULO 4o. IGUALDAD. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta."

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, sentencia del 1^o de febrero de 2012, Proceso Número 34853, Magistrado Ponente doctor Fernando Alberto Castro Caballero.

derados adolescentes, quienes por suposición legal y por consideraciones científicas no han alcanzado un pleno desarrollo físico y mental, son incapaces para tomar muchas decisiones trascendentales, entre ellas decidir si se sumergen en el camino de la adicción a las sustancias psicoactivas.

La legislación internacional

La legislación internacional de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, expresamente exige su protección especial, ya de manera general, ya específicamente en el tema de la salud o en el del uso y abuso de sustancias psicotrópicas, así: Declaración Universal de Derechos Humanos que fuera ratificada por el Congreso mediante Ley 74 de 1968, establece en el Numeral 3 del Artículo 25¹, el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especial y al derecho a la protección social. De similar manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia mediante la ley 74 de 1968, en el Numeral 1° del Artículo 24² establece los derechos de los niños, sin distinción alguna, a las medida de protección requeridas conforme a su condición a cargo de la Familia, la Sociedad y el Estado. También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado igualmente por Colombia con la Ley 74 de 1968, en su Numeral 3 del Artículo 10³, establece la obligación del Estado, de brindar a los niños y adolescentes, sin discriminación, me-

¹ “Artículo 25: ... 3. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

² “Artículo 24: ... 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”

“Artículo 10: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

3.- Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”

didadas especiales de protección y en el Artículo 12 en su Numeral 1^o se establece la obligación del Estado a reconocer el disfrute del más alto nivel de salud física y mental, especialmente para lograr el sano desarrollo de los niños. Similarmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificado por el legislativo mediante Ley 16 de 1972, en el Artículo 19² sobre los derechos del niño establece que tienen derecho a las medidas de protección por parte de la familia, la sociedad y el estado. Además en La Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, en su Artículo 1^o³, establece la obligación de los Estados para dar máxima prioridad al bienestar de la familia y del niño. Ya, en materia específica de protección contra el uso ilícito de estupefacientes y demás sustancias psicotrópicas, se plantea en el Artículo 33⁴ de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil o “Directrices de Riadh”, de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990, también de manera expresa en el artículo 59⁵ obliga a los Estados a adoptar medidas especiales de protección de los niños, niñas y adolescentes contra el uso indebido de drogas y de los traficantes de ellas. En similar sentido, en el artículo 25 se impone al sistema educativo la obligación especial de adoptar políticas y estrategias para la prevención del uso indebido de alcohol, dro-

¹ “Artículo 12: ... 1.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2.- Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a). La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños...”

² “Artículo 19. Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

³ “Artículo 1 Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño”.

⁴ “Artículo 33. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias”.

⁵ “59. Deberán promulgarse y aplicarse estrictamente leyes para proteger a los niños y a los jóvenes del uso indebido de drogas y de los traficantes de droga.”

gas y otras sustancias. Replica igualmente en el artículo 44 esa obligación para los medios de comunicación y finalmente en el artículo 45 para los organismos gubernamentales.

Esta normatividad hace parte del orden interno por aplicación del bloque de constitucionalidad del artículo 93 . Sobre el contenido de dicho bloque, Uprimy (2009) afirma :

... hay que concluir que, según la jurisprudencia de la Corte, hacen parte del bloque en sentido estricto (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v), los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos rarificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta y (vii),...

En similar sentido Arias (2010) afirma :

De esta forma, la discusión que se plantea, sobre la integración de las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad, las Reglas de la Habana y las Reglas de Tokio, al bloque de constitucionalidad, queda zanjada en los términos expresados por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,..."

La normatividad constitucional

La Constitución también protege los niños, las niñas y los adolescentes, en el artículo 13 que ya hemos transcrito, pero para sustentar este punto, reproduciremos el Inciso 3º: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” Este precepto pasa de la igualdad formal a la igualdad real y efectiva para distinguir positivamente a las personas y grupos con debilidades manifiestas, como son los NNA quienes, por su escaso desarrollo, presentan condiciones mentales desventajosas, como lo reconoce la Corte Constitucional (2014):

Ahora bien, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los menores de dieciocho años tiene su fundamento en la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran, pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez requerida para la toma de decisiones ...”

También en el artículo 42¹ de la Constitución Política el Estado se compromete a guardar y proteger la familia como núcleo central de la sociedad, cuya honra, dignidad e intimidad resultan inviolables, bajo relaciones de igualdad y respeto recíproco entre todos sus integrantes, donde cualquier forma de violencia debe ser erradicada al considerarse destructiva de la armonía y unidad, como lo afirma la Corte Constitucional²:

De la caracterización constitucional de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, en la cual es necesario preservar la armonía y la unidad, mediante el rechazo jurídico de las conductas que puedan conducir a su desestabilización o disgregación,...

Por supuesto, el consumo de sustancias psicoactivas por uno de sus integrantes, como son los hijos menores de edad, produce alteraciones, que conducen a la desintegración familiar y a impedir el adecuado desarrollo de sus integrantes. Así lo establecen Varela y otros (2006) como uno de los daños causados por el consumo de drogas³:

Los daños ocasionados por el consumo de drogas son muy variados. Sin embargo, podrían agruparse de la siguiente manera: (1) los efectos crónicos sobre la salud, por ejemplo, el daño a ciertos órganos o la aparición de enfermedades (cirrosis, cáncer, enfisema, etc.); (2) los efectos físicos que ocasiona directamente la sustancia en un período corto de tiempo, como la pérdida de la coordinación motora, la alteración del juicio, la imposibilidad para mantener la concentración, etc.; y (3) los problemas sociales derivados del consumo, como el daño a las relaciones interpersonales, la pérdida del trabajo, la desintegración familiar, etc.

¹ “Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. ...”

Corte Constitucional, sentencia de tutela Número T-946 del 16 de noviembre de 2012, Magistrado Ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Varela, M.; Salazar, I.; Cáceres, D.; y Tovar, J. (2006). El consumo de Alcohol y Tabaco en Jóvenes Colombianos: Factores Psicosociales de Riesgo y Protección. *Psicología Conductual*, pág. 80.

Principalmente la disposición por antonomasia de protección de los niños, las niñas y los adolescentes como es el artículo 44 de la Constitución Política, anteriormente transcrito, que trata precisamente de los derechos de los niños, y como precedentemente se manifestó, la disposición hace una amplia relación de sus derechos, de la naturaleza prevalente de los mismos y del principio de corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y la familia para su garantía. Huelga recalcar que en materia del derecho a la vida, la integridad física, la salud y el adecuado desarrollo armónico e integral, la norma en comento dice:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social,...La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral...

Además como especie de ese género, también opera el artículo 45¹, acerca de los derechos de los adolescentes.

Sobra recalcar cómo estas disposiciones constitucionales propugnan por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente el derecho a la vida, a la integridad física, el desarrollo armónico e integral, seriamente amenazado por el consumo de sustancias psicoactivas, así sea en cantidades iguales e inferiores a la dosis personal.

Finalmente, el propio artículo 49 de la Constitución Política, especialmente luego de la reforma del Acto Legislativo 02 de 2009, que ya ha sido transcrito pero que por la importancia de su Inciso 7º, permitimos:

...El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica...”.

Lógicamente, esta norma prohibitiva del orden constitucional debe primar sobre la permisiva del orden legal como es el literal j) del Artículo 2º de la ley 30 de 1986 por su rango superior tal como se estableció en la ley 153 de 1887 en su artículo 9º:

“La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente.

¹ “Artículo 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.”.

En acatamiento a esa expresa prohibición constitucional y su penalización en la ley 599 de 2000, no es posible que permite el consumo de sustancias psicoactivas en niños, niñas y adolescentes, así sea en dosis mínimas.

La normatividad legal interna

Desde principios del siglo pasado, las autoridades de nuestro país se han preocupado por los problemas que el consumo de cigarrillo, alcohol y sustancias estupefacientes ocasionan en la persona, en la familia y en la sociedad, expidiendo normas, destinadas a su control, pero no haremos una extensa recopilación histórica, nos basta citar de la ley 1098 de 2006; donde, aparte del derecho al desarrollo integral de la primera infancia del artículo 29, expresamente se consagra como derecho de los niños, niñas y adolescentes, el derecho a la salud del artículo 27¹. A la familia, le corresponde el deber de cuidar a los niños, las niñas y los adolescentes, según el artículo 11 de la referida ley, y parte de ese “cuidado” está el buscar y conservar su salud, especialmente mediante la protección contra el uso y abuso de sustancias psicoactivas, según se consagra en el artículo 39².

¹ “Artículo 27. Derecho a la salud. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud.

Parágrafo 1o. Para efectos de la presente ley se entenderá como salud integral la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones, conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de los niños, niñas y adolescentes...”

² “Artículo 39. Obligaciones de la familia. La familia tendrá la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada. Son obligaciones de la familia para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes:

1. Protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal.

5. Proporcionarles las condiciones necesarias para que alcancen una nutrición y una salud adecuadas, que les permita un óptimo desarrollo físico, psicomotor, mental, intelectual, emocional y afectivo y educarles en la salud preventiva y en la higiene.

7. Incluirlos en el sistema de salud y de seguridad social desde el momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos.

14. Prevenirles y mantenerles informados sobre los efectos nocivos del uso y el consumo de sustancias psicoactivas legales e ilegales.

A la sociedad también le corresponde cuidar de la salud de los niños, las niñas y las adolescentes especialmente contra el uso y abuso de sustancias como el alcohol y el tabaco, según las obligaciones generales consagradas en el artículo 40 de la citada ley 1098, pero especialmente en el artículo 47 cuando a los medios de comunicación se les prohíbe transmitir publicidad de cigarrillos y alcohol en horario infantil. Esta restricción a la publicidad de cigarrillos, tabaco y sus derivados se extiende a todo tipo de vendedor conforme a la ley 1335 de 2009.

En cuanto a las obligaciones del Estado para el cuidado y protección de la salud de los niños, niñas y adolescentes, desde el artículo 7 de la referida ley 1098 de 2006, se exige como parte de la protección integral a cargo del Estado mediante las actividades de planeación, promoción y prevención, según se establece en el artículo 41¹. A su vez, en el artículo 20², ya como parte de la protección contra el consumo de tabaco y otras sustancias psicoactivas o alcohólicas. El artículo 30², incluso prohíbe tan solo el in-

¹ “Artículo 41. Obligaciones del Estado. El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

1. Garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes

8. Promover en todos los estamentos de la sociedad, el respeto a la integridad física, psíquica e intelectual y el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y la forma de hacerlos efectivos.

16. Prevenir y atender en forma prevalente, las diferentes formas de violencia y todo tipo de accidentes que atenten contra el derecho a la vida y la calidad de vida de los niños, las niñas y los adolescentes...”

² “Artículo 20. Derechos de protección. Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:

3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización.”

³ “Artículo 30. Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho al descanso, esparcimiento, al juego y demás actividades recreativas propias de su ciclo vital y a participar en la vida cultural y las artes.

Igualmente, tienen derecho a que se les reconozca, respete, y fomente el conocimiento y la vivencia de la cultura a la que pertenezcan.

Parágrafo 1o. Para armonizar el ejercicio de este derecho con el desarrollo integral de los niños, las autoridades deberán diseñar mecanismos para prohibir el ingreso a establecimientos destinados a juegos de suerte y azar, venta de licores, cigarrillos o productos derivados del tabaco y que ofrezcan espectáculos con clasificación para mayores de edad.”

greso de los niños, niñas y adolescentes a lugares donde se venda licores o cigarrillos. Correspondiendo a la Policía Nacional el cumplimiento de esta prohibición, al tenor del artículo 89 .

Partiendo de la definición del término “psicoactivo, va”, del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como : “Dicho de una sustancia: Que actúa sobre el sistema nervioso, alterando las funciones psíquicas.”, podemos referirnos a la legislación que sobre bebidas alcohólicas y tabaco se ha expedido, como la ley el Artículo 1^o de la ley 124 de 1994, donde se prohíbe el consumo de bebidas embriagantes a los menores de edad. Prohibición a la cual toda publicidad de estas sustancias debe hacer referencia según lo exige el artículo 3^o, y debe ser expuesta en lugar visible en los establecimientos públicos donde se expenden, dando lugar a las sanciones del Decreto 120 de 2010. Lo propio acontece con el consumo de cigarrillo en niños, niñas y adolescentes, donde Colombia acoge el Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco de la Asamblea Mundial de la OMS del 21 de mayo de 2003, mediante la Ley 1335 de 2009, prohíbe la venta de productos de tabaco a los menores de edad en su Artículo 2^o,

¹ “Artículo 89. Funciones de la policía nacional para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Sin perjuicio de las funciones atribuidas en otras leyes en relación con los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la Policía Nacional y en especial la Policía de Infancia y Adolescencia, tendrán las siguientes funciones:

4. Adelantar labores de vigilancia a fin de controlar e impedir el ingreso de los niños, las niñas y los adolescentes a los lugares de diversión destinados al consumo de bebidas alcohólicas y cigarrillos y hacer cumplir la prohibición de venta de estos productos.”

² Diccionario de la Lengua Española, edición 22^o, versión electrónica, recuperado el 4 de mayo de 2015, de: <http://lema.rae.es/drae/?val=psicoactiva>

³ “artículo 1o. Prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad.

La persona mayor que facilite las bebidas embriagantes o su adquisición, será sancionada de conformidad con las normas establecidas para los expendedores en los Códigos Nacional o Departamental de Policía.”

⁴ “Artículo 3° Toda publicidad, identificación o promoción sobre bebidas embriagantes debe hacer referencia expresa a la prohibición establecida en la presente ley.

⁵ “Artículo 2o. Prohibición de vender productos de tabaco a menores de edad. Se prohíbe a toda persona natural o jurídica la venta, directa e indirecta, de productos de tabaco y sus derivados, en cualquiera de sus presentaciones, a menores de dieciocho (18) años. En caso de duda, soliciten que cada comprador de tabaco demuestre que ha alcanzado la mayoría de edad.

Parágrafo 1°. Es obligación de los vendedores y expendedores de productos de tabaco y sus derivados indicar bajo un anuncio claro y destacado al interior de su local, establecimiento o punto de venta la prohibición de la venta de productos de tabaco a menores de edad.

y también regula la publicidad de estos productos, creando programas de salud y educación y estableciendo sanciones para quienes incumplan sus disposiciones.

Entonces observamos que la legislación contra el consumo de tabaco y de bebidas alcohólicas en menores de edad resulta más coherente que el consumo de sustancias psicoactivas más fuertes, así sea en dosis mínimas. Encontrando un verdadero contrasentido en el sistema jurídico colombiano que cuando un menor de edad va a consumir un cigarrillo o una cerveza, desde el mismo envase se le advierte su prohibición, en tanto, si se le permitiría consumir sustancias psicoactivas más fuertes en tanto sea en dosis mínimas.

La naturaleza especializada y diferenciada del sistema de responsabilidad penal de adolescentes

Dentro de la legislación interna, por su importancia, necesita un acápite de análisis, el artículo artículo 140¹, de la ley 1098 de 2006 donde se consagra definitivamente la naturaleza especializada y diferenciada del sistema penal de adulto, criterio así entendido por la Corte Suprema de Justicia cuando afirma²:

Aun cuando el Congreso no diseñó un cuerpo normativo totalmente independiente para regular la investigación, juzgamiento, control de la sanción de adolescentes, así como lo relativo a la reparación del daño y el trámite cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos, el Libro Segundo de la Ley 1098 de 2006 contiene un conjunto de disposiciones que permiten concluir que se trata de una legislación especial a través de la

¹ “Artículo 140. Finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes. En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.

² Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal, sentencia del 4 de marzo de 2009, proceso No. 30.645 M.P. Dra. María del Rosario González de Lemus.



cual el Estado colombiano se pone a tono con los tratados suscritos sobre la materia.

También la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad para pronunciarse sobre el carácter especializado y diferenciado de este sistema jurídico, como ha ocurrido con los pronunciamientos de constitucionalidad C-126 de 2011, C-055 de 2010, C-684 de 2009, cuya línea doctrinal inicia con la sentencia hito C-740 de 2008, así¹:

En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral, lo cual guarda concordancia con la protección especial de los niños consagrada en los Arts. 44 y 45 de la Constitución y en los tratados internacionales.

Ojeda (2016) hace un extenso análisis de esta condición concluyendo que este sistema de responsabilidad penal para adolescentes tiene una historia, unos principios, una filosofía, una estructura, una organización, órganos, entidades y finalidades diferentes al sistema penal de adultos.

La naturaleza de la medida rehabilitatoria

Si bien, el artículo 4º del Código Penal² relaciona la reinserción social entre los fines de la pena, fin que en la realidad se encuentra en entredicho por cuanto nuestras cárceles lo que menos hacen es resocializar al sentenciado, la verdad es que el derecho penal de adultos se funda en el poder punitivo del Estado donde los fines de la pena prácticamente se limitan a sancionar, en tanto, en la ley 1098 de 2006, la finalidad de las medidas, conforme al artículo 179 es: “finalidad de las sanciones. Las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas...”. Conforme al artículo 178 también se aumentarían el fin educativo y restaurativo. E, igualmente el fin pedagógico del proceso del artículo 140:

¹ Corte Constitucional sentencia C-740 del 23 de julio de 2008, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

² Artículo 40. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

“En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico...”-Finalmente la medida debe ser restaurativa de todos los derechos vulnerados a los adolescentes, según se consagra en los artículos 11 y 50¹ de la ley 1098 de 2006, proceso que estará a cargo del Estado según el subsiguiente artículo 51, y el Estado restablece esos derechos a través de la medida. Ahora bien, si tenemos a un joven consumidor de sustancias psicoactivas, lógicamente esa medida tiene por fin especial rehabilitarlo y curarlo de esa condición de usador o abusador de estas sustancias, con lo cual se restablece su derecho a la salud.

Existencia de una posición jurisprudencial diferente

Repetimos que el fundamento de la interpretación constitucional para la “despenalización” de la dosis personal en fue la autonomía de la voluntad “de los adultos” según la C-221 de 1994 de la Corte constitucional. Sin embargo, esa misma Corte, da un giro de 180 grados sobre la autonomía de la voluntad de los niños, niñas y adolescentes cuando se trata del consumo de cigarrillos. Como ya dijimos el Artículo 2 de la Ley 1335 de 2009, prohíbe la venta de productos de tabaco a los menores de edad además de regular su publicidad, el Parágrafo del Artículo 3° de dicha Ley, fue demandado buscando su inexecutable por las poderosas compañías de tabaco y la Corte estimó que el principio de la autonomía de la personalidad, el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación y la dignidad humana, en esta ocasión debían de ceder ante medidas “paternalistas” del Estado que resultaban constitucionalmente aceptables al buscar la conservación de la salud del individuo y la sociedad, como ocurre por ejemplo en la imposición del cinturón de seguridad en un automóvil o las vacunas obligatorias, así se refirió la Alta Corporación²:

El control de constitucionalidad sobre las restricciones al principio de autonomía, cuando no están en juego más que los derechos de la propia persona

¹ “artículo 50. Restablecimiento de los derechos. Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados.”

² Corte Constitucional, sentencia C-639 del 17 de agosto de 2010, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

y no los de terceros, se debe llevar a cabo bajo las siguientes consideraciones: (i) El principio de autonomía derivado del carácter pluralista de nuestro orden constitucional (art. 1° C.N), así como del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.N), del derecho de autodeterminación (Art. 9 C.N) y del derecho de dignidad humana (art 1° C.N); se erige como la garantía de que los ciudadanos puedan tomar decisiones, que no afecten derechos de terceros, a partir del reconocimiento de su capacidad de reflexión sobre sus propias preferencias, deseos, valores, ideales y aspiraciones. (ii) La capacidad de reflexión referida debe ser real, y por ello se requiere un profundo respeto por el principio de libertad. En este sentido, el principio de autonomía adquiere una doble dimensión como valor: a) el valor de llevar una vida de acuerdo a nuestras propias decisiones y b) el valor de decidir sin limitaciones externas de otros.” La jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el alcance del valor de la autonomía personal en la relación con el cuidado de la salud, ha sostenido la idea según la cual la evaluación de las consecuencias de las acciones cambia cuando éstas se han derivado de “nuestra propia elección”; y ello resulta de vital importancia porque sin esta posibilidad no se cumplen las expectativas propias y de otros respecto de nuestra propia competencia para manejar nuestras vidas. (iii) El valor de la autonomía puede ser procurado por el Estado, mediante el privilegio de otros valores directamente relacionados con él. Puede por ejemplo, establecer medidas coercitivas, que en principio interfieren en la libertad de elección de las personas, pero que corresponden a la promoción de valores preestablecidos a partir del principio mayoritario, sin cuya garantía no sería posible ejercer el derecho de autonomía (por ejemplo, la vida y la salud).

Es mucha la diferencia entre un respeto absoluto de la autonomía de la personalidad de los adultos, aun para autolesionarse con el consumo de drogas de la Sentencia C-221 de 1994, a admitir su limitación absoluta, en caso de niños, niñas y adolescentes de la sentencia C-639 de 2010, donde los derechos a la autonomía de la personalidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación y a la dignidad humana, ceden ante medidas de corte “paternalistas” del Estado a fin de preservar su salud.

Como conclusión general y como respuesta a la pregunta planteada tenemos que por no existir igualdad entre un adulto y un adolescente, que desde la legislación internacional, desde la normatividad constitucional,

desde la normatividad legal interna, por la naturaleza especializada y diferencias del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, por la naturaleza de la medida rehabilitaría y por la existencia de una posición jurisprudencial diferente, no es posible aplicar a los niños, niñas y adolescentes la interpretación jurisprudencial de la dosis personal y dosis de aprovisionamiento de los adultos, es decir, en sentido contrario, los operadores judiciales pueden apartarse de esa hermenéutica normativa al presentarse un caso de disanalogía.

Trabajos citados

- Arias, Juan. “Bloque de Constitucionalidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes”. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2010. Págs. 55-56.
- Corte Constitucional sentencia de Constitucionalidad C-840 del 6 de julio de 2000, MP.: doctor Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional sentencia de constitucionalidad Número C-370 del 11 de junio de 2014, MP.: doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional, Auto 013 de 1997, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, sentencia de tutela Número T-946 del 16 de noviembre de 2012, MP. doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999, Magistrados Ponentes Drs. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional sentencia C-740 del 23 de julio de 2008, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional, sentencia C-335 del 16 de abril de 2008, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, sentencia C-639 del 17 de agosto de 2010, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de julio de 1988, proceso No. 2496, M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
- Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 2012, Proceso Número 34853, MP.: doctor Fernando Alberto Castro Caballero.

AMBIENTE JURÍDICO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

- Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal, sentencia del 4 de marzo de 2009, proceso No. 30.645 M.P. Dra. María del Rosario González de Lemus.
- Diccionario de la Lengua Española, edición 22º, versión electrónica, recuperado el 4 de mayo de 2015, de: <http://lema.rae.es/drae/?val=psi-coactiva>
- Ferrajoli, L., Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 606-607.
- Galvis L. “Las niñas, los niños y los adolescentes- Titulares activos de derechos”. Ediciones Aurora. Bogotá 2006.
- Ihering, Rudolf Von. La lucha por el Derecho, ed. Cajicá, primera Edición. México. 1957.
- Carmona, Jorge Ulises. “La interpretación Judicial Constitucional”. Ediciones de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1996. México.
- Gómez de Terán y Boza, Luis (1862). Juicio crítico de las compilaciones y reformas legislativas de Justiniano. Madrid: Imprenta de Anselmo Santa Coloma.
- Morcillo, Pedro Pablo. (2001). Cambios y perspectivas en el derecho colombiano en la segunda mitad del siglo XX. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Tomo II.
- Ojeda, Olmedo (2016). La interpretación “adulto-punitivista” de la ley 1098 de 2006 como manifestación de la eficacia simbólica del derecho. Estudio de un caso de los juzgados penales del circuito para adolescentes de Manizales (tesis de Maestría). Manizales: Universidad de Manizales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Maestría en Derecho.
- Savigny, Federico Carlos (2004): Sistema de Derecho Romano actual (Traducc. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Editorial Analecta).
- UPRIMY, Rodrigo. “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal”. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2009. Pág. 45.
- Varela, M.; Salazar, I.; Cáceres, D.; y Tovar, J. (2006). El consumo de Alcohol y Tabaco en Jóvenes Colombianos: Factores Psicosociales de Riesgo y Protección. Psicología Conductual, pág. 80.
- Zaffaroni - Alagia – Slokar (2002): “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Ediar, Buenos Aires,