

DESPENALIZACIÓN DEL CONSUMO MÍNIMO DE DROGAS EN COLOMBIA: UNA APUESTA POR LA LIBERTAD

ALEJANDRO DAVID APONTE

Doutorando em Direito Penal

“Quizá estemos viviendo el final de una época marcada por los inquisidores, personalidades dominadas por la idea de configurar una sociedad más justa y organizada de acuerdo con sus objetivos y quienes decidieron tomar para sí la responsabilidad de la felicidad de los demás”. (Andrei Tarkovski)

1. Presentación — 2. El Cartel de Cali en la mira — 3. El falso jugador — 4. La Nueva Constitución Política — 5. La Sentencia: sobre los costos de la libertad en una sociedad democrática — 6. De la responsabilidad individual frente al problema de las drogas.

1. Presentación

El día 2 de diciembre de 1993 un cuerpo élite de la policía colombiana dio muerte al jefe máximo del cartel de drogas de la ciudad de Medellín. Al descanso se sumó la zozobra: moría un hombre, tras él, una guerra con costos incalculables en vidas humanas y en recursos de toda índole. Se sabía no obstante que el problema de la droga no dependía de él. El carácter internacional de dicho problema unido al margen precario de decisión que posee el Estado colombiano frente al mismo, se hizo de nuevo presente: horas después de la muerte del “capo” y con la cual el Estado colombiano deseaba mostrar al mundo — que vigila con celo sus pasos — un nuevo y concreto hecho en su compromiso de lucha contra el narcotráfico, en importantes círculos de la política norteamericana apenas se

registró el mismo, se le concedió un pequeño reconocimiento al Estado colombiano y, en cambio, de inmediato se le advirtió que la verdadera “guerra” debía darse desde ese momento contra el cartel de Cali. Ello marca el inicio de la época más tensa que han vivido en su historia reciente las relaciones entre Colombia y los Estados Unidos, marcadas en los últimos años sobre todo y desafortunadamente, por el fenómeno del nar-cotráfico. Esa tensión en las relaciones, es la que enmarca el contexto concreto dentro del cual, el día 5 del mes de mayo de 1994, se produjo una sentencia de la Corte Constitucional colombiana, en la cual se descriminaliza el consumo mínimo personal de drogas concebidas como estupefacientes.

El efecto de la sentencia ha demostrado de nuevo el carácter internacional del problema de las drogas y la fragilidad que subyace a las decisiones adoptadas en el ámbito judicial por las autoridades

colombianas. Si bien dentro de la propia sociedad se han producido toda clase de reacciones frente a la sentencia, la prensa internacional y, sobre todo, la prensa y las autoridades norteamericanas, han expresado claramente su desconfianza ante tal decisión y han puesto en duda la transparencia de la misma. Es por eso que en este ensayo, que pretende no sólo comentar la sentencia, sino evaluar de manera general los alcances de la misma dentro de la comunidad jurídico-política colombiana, nos detendremos en primer lugar en el contexto histórico específico en el cual ella se produjo. En segundo lugar, explicaremos el carácter que se ha otorgado, en el marco de la administración de justicia colombiana, al narcotráfico. En tercer lugar, indicaremos sintéticamente los hechos más relevantes que rodearon la expedición de la nueva Constitución Política colombiana que fue promulgada el mes de julio de 1991 y bajo la cual se dictó la sentencia que estudiamos. Finalmente, abordamos el análisis de la sentencia en concreto y del salvamento de voto de los magistrados disidentes. Terminamos el ensayo aludiendo al desarrollo actual del debate que en Colombia se ha producido a raíz de la decisión tomada.

2. El Cartel de Cali en la mira

Inmediatamente después de la muerte del jefe máximo del Cartel de Medellín, en círculos de la política estadounidense, se inició la presión sobre el gobierno colombiano para perseguir el Cartel de Cali. Se dijo que la verdadera "batalla contra las drogas estaba allí". Este aviso del país del norte se hacía sin considerar seriamente los costos reales que para la nación colombiana representó su "guerra" contra el Cartel de Medellín. En el mismo mes de diciembre ocurrió un hecho significativo dentro de la política norteamericana y de la precaria

autonomía del gobierno colombiano, que contó con una gran desinformación y que tomó de sorpresa a la ciudadanía: en un pequeño poblado situado en el mar pacífico y a escasos kilómetros de la ciudad de Cali, se produjo un desembarco de tropas norteamericanas. Se informó que se trataba de la construcción de una "escuela pública para esas poblaciones". Pero nadie entendió cómo 159 soldados armados estaban allí para eso: la opinión pública sospechó que se trataba más bien de maniobras contra el Cartel de Cali. El gobierno reconoció que se adelantaban operaciones conjuntas en "general" en el marco de convenios internacionales celebrados con los Estados Unidos, pero no habló de narcotráfico. Ello produjo además un enfrentamiento entre el ejecutivo y el poder judicial, ya que el Consejo de Estado replicó al presidente, recordándole enfáticamente que es su obligación consultarle cuando pretenda autorizar el tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional.

Lo cierto es que la opinión pública vio en ese hecho una clara intromisión de los Estados Unidos en asuntos internos. Tanto más clara se hará esta visión cuando en el mes de marzo el senador norteamericano John Kerry, presidente de la comisión de asuntos de narcóticos del Senado, y en el marco del informe anual sobre la estrategia internacional de lucha contra las drogas presentado a esa corporación, se refirió en los términos más duros utilizados por autoridad política alguna norteamericana contra la lucha antidrogas colombiana y, más allá, contra la sociedad misma, al llamarla en conjunto una "narcodemocracia". El informe señala que prácticamente todos los estamentos de la sociedad están invadidos por el narcotráfico, que la justicia colombiana es blanda con los narcotraficantes, que el Fiscal General de la Nación de Colombia se encuentra a favor de la legalización

de las drogas y que éste funcionario se entrevistó con jefes del Cartel de Cali con el objeto de lograr su sometimiento a la justicia, pero que estos contactos son "perturbadores y de ellos no se informó a autoridades policiales ni a diplomáticos estadounidenses".¹

Quedaba así claro para la opinión pública colombiana que era necesario entonces pedir permiso a los Estados Unidos antes de adelantar cualquier gestión en relación con el tema. Se recordó la invasión a Panamá, cuando el día 20 de diciembre de 1989, autoridades norteamericanas criminalizaron una nación entera y asesinaron población civil con el pretexto de capturar al General Noriega acusado de narcotráfico. La comunidad respondió en conjunto: partidos políticos, organizaciones sociales, gremios, ciudadanos del común, familiares de víctimas de la lucha contra las drogas, estudiantes etc. La Fiscalía General de la Nación respondió con un comunicado enérgico que revela además el carácter trágico del problema: de un lado se acusa a Colombia de ser una narcodemocracia; esto obra como una exigencia explícita de mayores sacrificios para el país entero, y del otro, el cinismo de quienes permanecen lejanos y cómodos frente a una lucha desigual y ante sus costos. Luego de hacer alusión justamente a estos altísimos costos, expresa el Fiscal: "Podría ser entonces que en el Senado norteamericano hay quienes desearían ver la continuación exacta de la misma lucha, a una distancia segura desde los Estados Unidos, en vez de considerar alternativas que distribuyan las cargas de la guerra contra las drogas de una forma más equitativa". Además, aclara el funcionario qué razón lo llevó a expresarse en foros y seminarios en universidades norteamericanas a favor

de una legalización. A su juicio, lo hizo bajo el supuesto de buscar "alternativas distintas a la hasta hoy fracasada guerra contra las drogas". Y agrega, "en mi opinión, la política antinarcóticos debe ser guiada por dos metas: la disminución del tráfico y del consumo, y el desmantelamiento del crime organizado (sí, señor Kerry, esto incluye al cartel de Cali y también al crimen organizado de Nueva York, Los Angeles, Houston, Chicago, Boston etc). No estoy a favor de una legalización en términos de un mercado libre. Mi interés radica, en cambio, en pensar en modelos de legalización que quiebren la columna económica de los carteles".²

También el gobierno colombiano, a través de su embajador en los Estados Unidos, respondió a las acusaciones. Quedó sin embargo planteada una clara diferencia entre el ejecutivo y la fiscalía: el gobierno se declara contrario a toda posibilidad de legalización. El presidente colombiano, que en pocos meses entregaba su mandato, se perfilaba en ese momento como el más serio aspirante al cargo de presidente de la O.E.A (Organización de Estados Americanos). Era claro que necesitaba el voto favorable de los Estados Unidos. Voto que al final obtuvo. Para muchos sectores de la opinión, su posición de independencia se vio afectada por esta necesidad.

A los ocho días de haber presentado el informe el senador y pese a las reacciones en su contra, éste mismo reiteró en un periódico norteamericano su calificativo de "narcodemocracia". El escenario estaba marcado entonces por el momento más crítico dentro de las relaciones Colombo-norteamericanas, y al mismo tiempo por distanciamientos entre instituciones estatales colombia-

1. Apartes del informe de John Kerry publicados en el periódico *El Tiempo*, Bogotá, 7.4.94.

2. Réplica de la Fiscalía General de la Nación al informe del senador norteamericano. Publicada en el periódico *El Tiempo*, Bogotá, 13.4.94.

nas. En el ámbito social quedó por su parte planteada la idea de una búsqueda de alternativas distintas a la "guerra" contra el narcotráfico y el problema de la legalización. Y es justamente en ese escenario especialmente complejo que se produce, tan sólo unos pocos días después, la sentencia sobre despenalización del consumo mínimo de drogas. Como era de esperarse: se produjo un revuelo generalizado en el país, un rechazo de autoridades y prensa norteamericanas, y por lo menos un recelo marcado dentro de la comunidad internacional. Para cerrar este esbozo histórico, se hace importante resaltar el siguiente hecho: el primero en reaccionar vehementemente fue el propio presidente de la Nación que objetó el fallo de la Corte Constitucional, amenazando con citar al pueblo a un referéndum con el propósito de obtener respaldo político para tratar de modificar la decisión jurídica. La corte entretanto enfatizó su carácter de guardián absoluto de la Constitución Política y la indiscutibilidad de su decisión.

3. El falso jugador

En razón a que parte de las críticas que se hacen a la sentencia y en general a la lucha antidrogas colombiana, tanto por parte de autoridades norteamericanas, como a nivel interno, se encuentran relacionadas con el tratamiento legislativo que se le ha dado al narcotráfico, vemos importante aclarar brevemente su posición como actor en el contexto de la violencia en Colombia.

Lo primero que se hace necesario precisar, es que todos los gobiernos colombianos deben enfrentar dos grandes actores situados en lógicas distintas en el marco de la violencia política: la guerrilla, que desde hace más de cuatro décadas adelanta una confrontación bélica con el Estado colombiano, y el narcotráfico. El primero, puede ser con-

siderado, utilizando el lenguaje del historiador Johan Huizinga, que "piensa el "juego" socio-político en términos de dos actores marginales fundamentales, el falso jugador y el enemigo del juego",³ como el "enemigo del juego" (*Spielverderber*); es decir, como un actor que no acepta el juego socio-político en su conjunto, y que disputa mediante las armas al Estado el monopolio de la violencia, mientras que el narcotraficante, sería el "falso jugador" (*Falschspieler*); es decir, quien acepta el juego en principio, pero hace "trampa" para ganar una mejor posición dentro del mismo.⁴

Al enemigo del juego, aunque ello varía de acuerdo a la correlación de fuerzas en que se viva en el momento específico, en la medida en que históricamente se le ha reconocido en Colombia la defensa de valores ético-políticos propios por los cuales lucha, se lo ha enfrentado utilizando un derecho penal asentado sobre una idea de soberanía estatal relativizada. Es una tradición que viene desde el siglo XIX y en la cual el rebelde ha sido considerado a la sombra del combatiente clásico del derecho internacional de los conflictos armados. Por eso, el rebelde como actor colectivo y el combate como interacción entre enemigos relativos, constituyen el núcleo del tratamiento legal del delincuente político en el sistema penal colombiano. No obstante a que desde el año de 1980 el tipo penal

3. Iván Orozco Abad, con la colaboración de Alejandro David, Aponte, *Combatientes, Rebeldes y Terroristas. Guerra y Derecho en Colombia*, Instituto de Estudios Políticos y relaciones Internacionales de la Universidad Nacional — Editorial Temis, Bogotá, octubre de 1992, p. 245.

4. Así lo explica el autor: "el jugador, que se opone a las reglas o que se sustrae a ellas, es un enemigo del juego". Por ello, "es totalmente distinto al falso jugador". Johan Huizinga, *Homo Ludens: Von Ursprung der Kultur im Spiel*, Hamburg, 1958, pp. 18-19.

de terrorismo esté siendo utilizado como marco global de criminalización también para el rebelde, a partir del reconocimiento del "altruismo" en la motivación de su conducta, éste siempre ha recibido por parte del Estado colombiano un tratamiento penal-estatal privilegiado. Existe el tipo penal de "rebelión", como "delito político" y a partir del cual se impone una pena más benigna al delincuente político. El reconocimiento de ese altruismo motivacional ha servido al mismo tiempo como sustento de los procesos de negociación con las guerrillas, de las amnistías que le siguen, de los indultos y de las distintas medidas políticas: programas de reinserción social de la guerrilla, apertura a guerrilleros desmovilizados para que participen en discusiones legislativas etc. Existe el conflicto armado interno y es cruel, pero a su lado se han pensado también salidas políticas. En otras palabras: en el horizonte de una convicción política, con el enemigo del juego se ha negociado "sobre la mesa".

Con el falso jugador en cambio, eso no ocurre. El Estado no negocia con el mero delincuente, incluso cuando por razones políticas se le ha dado un tratamiento benigno. En el caso del narcotráfico es más claro: las enormes presiones internacionales no lo permitirían. O si se negocia con él, se lo hace entonces "bajo la mesa". Así ha ocurrido en Colombia.

El momento más agudo de la guerra contra el cartel de Medellín se adelantó bajo el gobierno del presidente Virgilio Barco (1986-1990), especialmente después del asesinato en 1989 de un candidato presidencial por parte de miembros del cartel. El presidente siguiente, pensando quizá en los costos siniestros de una guerra inútil y solitaria con terroristas que sometieron a la sociedad colombiana al miedo, cambió la estrategia de lucha: de la guerra generalizada, a su política de "sometimiento

a la justicia". Es decir, a un llamado claro a las organizaciones del narcotráfico para que a partir de un sistema complejo de "confesión" de los delitos, se sometieran, ciertamente con "prevenciones" y penas mucho menores que aquellas que les debería corresponder, a la justicia penal colombiana. Se trataba de incentivar su entrega a partir de la "rebaja de penas". Aunque es una salida política a la mera perspectiva militar, es en todo caso, una figura jurídico-política que no significa la renuncia del Estado al punto de vista interno de la soberanía y de sus valores, sino que acentúa los mismos y ratifica la asimetría ético-jurídica propia de la relación entre el Estado y el delincuente común. Es una política pensada como alternativa al enfrentamiento bélico: el presidente fue consciente que todo su mandato podía perderse para el desarrollo del país con una agudización de la guerra con el narcotráfico.

Hacer este recuento histórico es importante, pues el nuevo presidente, posesionado en agosto de 1994, debe enfrentar el mismo problema: o jugarse la carta de la guerra frontal, esta vez, contra el cartel de Cali — que ciertamente se fortaleció de al amparo del declive de su enemigo el cartel de Medellín — o implementar una política combinada en la cual prevalezca un sistema de rebaja de penas por confesión (sistema recibió un impulso legislativo adicional en diciembre de 1993, interpretado por muchos como una entrega descarada del estado colombiano a los capos del narcotráfico, producto del "Lobby" de los abogados del cartel de Cali en el Congreso de la República), al mismo tiempo que se mantiene la posibilidad de una acción bélica.

En todo caso, tanto en 1990 y en la actualidad, dos preguntas permanecen con todo su implacable significado y en su disyuntiva aguarda una sociedad agobiada por un problema a veces mucho

mayor que sus propias fuerzas. La primera: en un escenario moral tan descompuesto, en el que intervienen los más distintos actores con toda suerte de intereses, la rebaja de penas por confesión y, más allá, por delación, pueden ser mucho más graves que los costos de un enfrentamiento sin negociaciones ni concesiones. La segunda: ¿puede seguir siendo pensada tan sólo la alternativa de la guerra en términos de una “ética de conciencia”, o puede pensarse en soluciones distintas en términos de una “ética política de responsabilidad”? Sin duda, la verdad de la gran cantidad de víctimas del pasado, enfrentada a la convicción de evitarlas en el futuro será, en tanto disyuntiva, clave de cara a cualquier decisión que sea tomada al respecto.

4. La Nueva Constitución Política

Tras una serie de asesinatos cometidos por el narcotráfico especialmente durante el año de 1989, tras el recrudecimiento generalizado de la guerra contra el cartel de Medellín y en general en un período crítico caracterizado por una violencia difusa y generalizada, tuvo lugar en Colombia una manifestación espontánea y masiva de estudiantes que pedían pensar en salidas concretas a la crisis profunda que tocaba todos los estamentos de la sociedad. A una primera manifestación siguieron varias y de ellas surgió una propuesta que estaba ya en la mente de muchas personas: una reforma constitucional por una vía excepcional, en la cual tuvieran participación todos los estamentos que conforman la sociedad. De hecho el presidente de la Nación en ese entonces había promovido una reforma fallida a través de la vía normal del Congreso de la República. Frente a dicho fracaso, una Asamblea Nacional Constituyente fue la propuesta concreta. Y, si es cierto según Norberto Bobbio, que una Constitución Política

debe se, ante todo, un gran tratado de paz, es esa la esencia de la nueva Carta Política colombiana.

Los pueblos llegan por distintas vías a una conciencia del valor del derecho. A esa conciencia, que en Colombia, como opción radical de construcción de futuro se expresa en la normativa constitucional, se llegó por una vía concreta: el terror. Azotado desde décadas por una violencia política que se manifestaba más radicalmente en el campo y en zonas apartadas, el país enfrentó al final de los años 80, por primera vez, el terror en las calles de las ciudades y de manera indiscriminada. Las bombas del narcoterrorismo agudizaron también una conciencia ya existente y generalizada, sobre la necesidad de un cambio radical de las instituciones jurídico-políticas. Todos los actores involucrados en el conflicto social y político, tuvieron representación en la Asamblea Constituyente. Al mismo tiempo: minorías étnicas, partidos políticos y numerosos movimientos sociales. En 1990 se eligieron por elección popular los constituyentes; en 1991, por espacio de 6 meses, tuvo lugar la tarea de reforma constitucional, siendo promulgada la nueva Carta Política en julio de ese mismo año.

Todo pacto de paz es en esencia un pacto sobre derechos. Y la nueva Constitución Política los consagró de manera exhaustiva. En la Carta de Derechos, en el núcleo axiológico de la Constitución, reside su valor fundamental. El tránsito de una soberanía nacional — expresado en la antigua Carta Política — a una soberanía popular — consagrado en la actual — indica que la sociedad no puede seguirse construyendo desde el Estado y en una función disciplinante, sino al contrario, es desde la sociedad y los derechos del individuo, que debe construirse y programarse toda la actividad estatal. El individuo y sus derechos preceden y condicionan el andamiaje y funcionamiento de las

instituciones. "Es el hombre y no las instituciones estatales, el centro de la Constitución Política". Así lo dice una de las primeras sentencias de la Corte Constitucional, institución creada también al amparo de la nueva Constitución Política. El control constitucional ha sido siempre central en Colombia, pero estaba confiado a una sala constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia.

De otra parte, el extenso articulado sobre derechos humanos ha tenido un desarrollo extraordinario por parte de la Corte. Puede decirse sin exageración, y sin desconocer en ningún momento que ella se mueve en un campo de fuerzas complejísimo y que también ha producido sentencias contradictorias y sujetas a exigencias políticas por fuera del derecho, que dicho organismo ha generado una verdadera revolución jurídica en Colombia. Es en ese contexto: una Carta Política que como pacto de paz es rica en la consagración de derechos, y en la tarea renovadora de la Corte Constitucional, que debe entenderse el sentido de la sentencia que hemos de evaluar. Fácil sería descalificarla, insinuando cómodamente que los magistrados que la impulsaron son otros funcionarios más comprados por los carteles de la droga dentro de una "narcodemocracia". El esfuerzo de estos primeros apartes está dirigido justamente a aclarar el contexto en que ella se dio, para situar el problema en una dimensión más real. Baste agregar además, que el magistrado ponente es un profesor de filosofía del derecho alejado de los avatares del dinero de las mafias.

5. La Sentencia: sobre los costos de la libertad en una sociedad democrática

Desde el siglo pasado ha existido en Colombia la llamada "acción pública de inconstitucionalidad". Mediante ella un ciudadano común, sin ninguna exigencia

especial, puede demandar ante el órgano de control constitucional, cualquier ley que a su juicio viole la Constitución Política y solicitarle declare su inexequibilidad. En virtud de esta acción, tuvo lugar la sentencia en cuestión. La corte Constitucional está conformada por nueve magistrados y en su elección participan las distintas ramas del poder público. La sentencia se produjo por una mayoría apretada de cinco votos contra cuatro.

Se demandaron diversos artículos de un estatuto legislativo especial creado en 1986, denominado "Estatuto Nacional de Estupefacientes". Se trata además del primer paso en la creación de lo que puede considerarse el nuevo "eficientismo penal" en Colombia. Explicado de manera sucinta: consiste en la prevalencia de la "eficacia" como único fin, sobre la legitimidad estatal y los derechos fundamentales, como idea valorativa de un nuevo derecho penal especial destinado para enfrentar actores especiales como el narcotráfico.

En este caso particular, se trata, en primero lugar, del artículo 51 del estatuto, que ordena el arresto, por primera vez de 30 días y una multa en dinero, y por segunda vez de hasta un año, siempre que el hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero, a quien "lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma marihuana, cocaína o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal".

El estatuto, en su artículo 2, define la dosis personal como la "cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de (20) gramos, la de marihuana hachís la que no exceda de (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia abase de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de (2)

gramos". (precisamos que esta norma fue encontrada ajustada a la Carta Política, pues se consideró que constituye un legítimo ejercicio de la facultad legislativa inscrito dentro de la órbita de su competencia).

En segundo lugar, agrega el citado artículo 51, "el usuario o consumidor que, de acuerdo con el dictámen 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 ésta 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".

5.1 Sobre la tensión entre Derechos y Deberes dentro de la nueva Carta Política

Quizá lo más interesante de esta sentencia radica en que tanto ella como el salvamento de voto, encuentran arraigo constitucional para sus argumentos. Ni aquella ni éste falsean la Constitución Política. Más allá de constituir el resultado de una confrontación a nivel interpretativo de distintas normas, revela una tensión existente en el corazón de la Carta política entre derechos y deberes, al mismo tiempo que descubre la tensión latente entre Estado e individuo e individuo y sociedad. En el horizonte de esta triple tensión, abordaremos el análisis de la sentencia.

Si bien de manera general en la amplia enumeración de derechos y sobre todo en el capítulo correspondiente a los

"estados de excepción", se expresa el triunfo de la libertad sobre el orden, el capítulo correspondiente a "los deberes y obligaciones", significa en cambio un triunfo del orden sobre la libertad.⁵ En

5. Es profusa la consagración de derechos en la nueva Carta Política. Su forma abigarrada, su curiosa técnica normativa que puede llamarse de "codificación por agregación", expresa la participación de múltiples sectores de la sociedad colombiana, que buscaron en dicha Carta la consagración de su derecho. Consta de 84 artículos e incluye más de 75 derechos, libertades y garantías. Su técnica respeta la división tripartita que incluyen de manera geral las constituciones contemporáneas: distinción entre derechos civiles y políticos o fundamentales, derechos sociales, económicos y culturales, y derechos colectivos, incluyendo apartados que consagran los mecanismos de protección y la obligación de respetar los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen los derechos humanos y que prohíbe su limitación en los estados de excepción. Toda la Carta está informada por este espíritu de protección internacional. En relación con el nuevo estado de excepción, éste derogó el antiguo estado de sitio que sirvió durante décadas como instrumento privilegiado de los gobiernos para desconocer derechos fundamentales e instaurar un orden en el que la libertad fue la excepción y la autoridad la regla. Hoy sólo es posible para circunstancias muy excepcionales, como la "guerra exterior" y la "conmoción interior"; se ha producido un traslado de la decisión "sobre" y "en" el estado de excepción: ya no corresponde sólo al ejecutivo, también participa de ella el Congreso de la República; existe una regulación precisa de los límites de las facultades del presidente en relación con los otros órganos del poder y frente a la sociedad civil; se ordena que no pueden suspenderse los derechos humanos y las libertades fundamentales y se obliga al ejecutivo a respetar las reglas del Derecho Internacional Humanitario, disposición esta esencial en el Contexto del conflicto armado interno colombiano, circunstancia que ha suscitado precisamente la instauración de reiterados regímenes de emergencia. Es claro que la realidad de

el primer caso, se trata de derechos subjetivos, situados dentro de una visión de los derechos humanos fundamentales como "libertades-resistencia" del individuo y de la sociedad frente al Estado, no regulados por éstos y que constituyen la esfera autónoma de los comportamientos del propio individuo y de la sociedad. En el segundo en cambio, los derechos tienden a ser instituciones objetivas que salen de la órbita individual para instalarse en la órbita del Estado, que pasa a regular sus alcances y finalidades, siendo entonces convertidas dichas instituciones más en deberes que en derechos. "Subsisten así en la Carta Política, libertades "de" y libertades "para", y con ellas una doble concepción de la democracia como simple procedimiento y como confesión".⁶ Ahora bien, más que una disyuntiva entre "libertades-resistencia" del individuo frente al Estado y de "libertades-institución", en la carta política se funden unas y otras, de manera que las primeras y "la visión pluralista y procedimental de la democracia que a ellas subyace, deben ser un antídoto contra los excesos

su uso dependé de muchas circunstancias y que de hecho ya ha sido "estrenado" con medidas autoritarias. Sin embargo, las posibilidades de control sobre el Ejecutivo son en todo caso mayores. Por su parte, los "deberes" están consagrados en el mismo título que el de los derechos y garantías. El artículo 95 establece que son "deberes de la persona y del ciudadano", entre otros, "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios", "propender al logro y mantenimiento de la paz", "respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales" y, siendo éste un aspecto importante dentro del debate que nos ocupa, "obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas".

6. Iván Orozco Abad, op. cit., p. 302.

autoritarios que pueden derivar del confesionalismo, mientras las segundas deben operar como mecanismo de compensación frente a la baja sensibilidad social de las primeras".⁷ Así, la sentencia se coloca en el centro de esta tensión, que es tanto más compleja en una sociedad como la colombiana, donde al mismo tiempo que se exige una defensa radical de la libertad individual frente al poder estatal, se vive una "necesidad de Estado" como articulación de agencias múltiples destinadas a la regulación de desequilibrios sociales y a la intervención efectiva en múltiples áreas tradicionalmente abandonadas. Una de ellas y centro de la polémica que estudiamos: la salud de las personas. Fue esa necesidad además la que llevó a los constituyentes a declarar a Colombia como un "Estado Social de Derecho".

5.2 *Del Estado Social de Derecho al riesgo del "Estado Pastoral"*

El valor de la sentencia radica, a nuestro juicio, sin lugar a dudas, en su apuesta radical por la prevalencia en todo caso de la libertad individual, y por esa misma razón se instituye como una clara manifestación de alerta sobre los límites que debe tener la actuación de ese Estado Social de Derecho, cómo debe operar él preferencialmente y sobre los peligros que acarrea un culto desenfrenado a su gestión.

Culto que se traduce en la institucionalización de lo que podría llamarse un nuevo "poder pastoral". Se trata según Michel Foucault, de un poder enmarcado por el nuevo tipo de Estado de las sociedades occidentales, que ha heredado la manera de operar propia del poder pastoral de la Iglesia católica, basado en la capacidad para incidir directamente

7. Ibíden, p. 305.

en el alma de las personas y conducir las a su "salvación", ya no como una promesa escatológica — la promesa de salvación en el otro mundo — sino como una invitación a ella dentro de este mundo: "en este contexto, la palabra "salvación" adquiere diferentes significados: salud, bienestar (esto es: riqueza suficiente, *standard* de vida) seguridad, protección contra accidentes".⁸ Es un poder que actúa de manera caricativa, de forma paternalista, que lo hace no sólo a través de formas totalitarias, sino a través de "prácticas divisorias", con base en un "sistema de diferenciación" — dividiendo el sano y el enfermo, el loco y el cuerdo, el criminal y el buen ciudadano —; que enfatiza dichos roles en la conciencia de las personas, ejerciendo presión sobre ellas y neutralizándolas a partir de ese rol. Con ello las "individualiza", englobando toda su personalidad a partir de una de sus características — la de ser drogadicto por ejemplo — y luego se encarga de ella asumiendo su destino como "individualidad".

"Se há creído la mayor parte del tiempo — Senala Foucault — que el Estado es una forma de poder político que ignora los individuos, que busca sólo el interés de la totalidad". Ello es apenas una parte de la "técnica del poder", pues en realidad, "nunca antes en la historia de las sociedades humanas — incluso en la antigua sociedad china — se ha dado una combinación engañosa tal, dentro de las mismas estructuras políticas, de técnicas de individualización y de procesos de totalización".⁹

Ahora bien, situada la sentencia en el marco general de esta perspectiva crítica,

el artículo 49 de la Constitución Política es fruto de su primera revisión analítica. Dicho artículo señala, en su primer aparte, que "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 públicos de promoción, protección y recuperación de la salud". Para concluir al final: "Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y el de su comunidad". Para la Corte Constitucional, devolviendo a la órbita individual el bien de la salud, el texto expresa solamente un "deseo del constituyente, de mera eficacia simbólica, portador de un mensaje que el sujeto emisor juzga deseable, pues encuentra bueno que las personas cuiden de su salud, pero que no puede tener connotaciones normativas de orden jurídico general y muchísimo menos de carácter específicamente punitivo".¹⁰ En la primera razón que se argumenta a favor de esta tesis, se busca armonizar la Constitución Política, resolver el falso dilema planteado por las "liberdades-institución", y reafirmar el sentido mismo de la Carta Política: podría pensarse que a través del artículo citado, el "Estado colombiano se asume dueño y señor de la vida y del destino de cada persona sujeta a su jurisdicción, y por eso le prescribe comportamientos que bajo una perspectiva menos absolutista quedarían a la decisión suya y no del Estado. Empero, esta tentativa exegética debe ser deshechada, pues la filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria". Por tanto, agrega la sentencia, "si del texto de una norma se pudiera desprender una conclusión a tono con una ideología de

8. Michel Foucault, "The Subject and Power (afterword)", in Hubert Dreyfus und Paul Rabinow, Michel Foucault: beyond *Structuralism and Hermeneutics*, The University of Chicago, Chicago, 1982, p. 215.

9. *Ibíd.*, p. 215.

10. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia N. C-221/94, Bogotá, mayo 5 de 1994, Magistrado ponente, Carlos Gaviria Díaz, p. 14.

esta naturaleza, sería necesario, en una tarea de armonización sintáctica que incumbe al intérprete, extraer de ella el sentido que no rompa abruptamente con el sistema sino que lo preserve".¹¹

La sentencia rechaza no sólo al "Estado Omnímodo con pretensiones autoritarias" — el clásico Estado absolutista — sino también el Estado Pastoral, el "Estado paternalista y protector de sus súbditos, que cree conocer mejor que éstos lo que conviene a sus propios intereses y hace entonces obligatorio lo que para una persona libre sería opcional". De esta manera llega la Corte al núcleo fundamental de toda su argumentación: "por esa vía benévola se llega al mismo resultado inadmisibles: la negación de la libertad individual, en aquel ámbito que no interfiera con la esfera de la libertad ajena".¹²

Existe, a nuestro juicio, una visión de futuro en este llamado de alerta frente a la actuación del Estado benévolo. Es más difícil sin duda ubicar las consecuencias que para la libertad real tiene dicha actuación, pues a diferencia del ejercicio autoritario estatal a través de la violencia, el cual niega de plano la libertad y los derechos de hombre, el "poder pastoral" actúa menos aparatosa-mente: la salud, la seguridad, la paz, menos como derechos y más como deberes, es decir, como instituciones situadas en el ámbito del Estado y controladas por él, operan bajo el supuesto de un falso consentimiento por parte de los ciudadanos; así, no se arranca violentamente la libertad a los individuos..., ellos de hecho ya la han entregado, están por fuera de su manifestación de consenso las nociones (instituciones objetivas estatales, deberes) de "salud" o de "seguridad", pues ellas se han convertido en cometidos puramente estatales.

5.3 Immanuel Kant y los Fines del Estado

Situados en una perspectiva moderna, los magistrados comienzan separando el derecho y la moral, para concluir que el primero debe intervenir sólo para "regular un comportamiento interferido, esto es, las acciones de una persona en la medida en que interfieren en la órbita de acción de otra u otras, se entrecruzan con ella". Mientras esto no ocurra, es la norma moral, sin relevancia para el derecho, la que "evalúa la conducta del sujeto actuante".¹³ A nuestro modo de ver, esta concepción se coloca en el horizonte de una visión esencial de derecho y del Estado elaborada por Kant, especialmente en relación con los fines que a su juicio debe buscar el Estado, y cuyos presupuestos nos son de gran utilidad para entender el sentido de fondo que subyace a la sentencia.

La forma en que Kant se plantea el problema del Estado, responde a su esquema general del método trascendental, el cual parte de un hecho concebido como un presupuesto absoluto, para establecer después, desde allí, sus condiciones formales de posibilidad. Si en la filosofía práctica el hecho del cual se parte es la capacidad del hombre para formular juicios de valor, en la filosofía del Estado, lo es la existencia misma de los distintos Estados históricos: el fenómeno permanente de grupos humanos integrados bajo una voluntad heterónoma. En su método, a Kant le interesa el Estado en sí, El Estado en general, El Estado en la idea, como una necesidad absoluta de la razón; no le interesa y hace abstracción de ellas, las distintas formas de convivencia política, sino la necesidad misma de la convivencia, la convivencia como tal. El punto de partida en su indagación, es la noción central desde la cual parte su ética: la

11. Ibídem, p. 14.

12. Ibídem, p. 14.

13. Ibídem, p. 9.

noción de autonomía. No la autonomía en el abstracto, es decir, como pretensión absoluta dirigida al ser moral del hombre, sino las posibilidades de realización por el hombre mismo en su condición concreta de ser social. Un problema que puede formularse así, tal como está además formulado de manera genérica en la sentencia que comentamos: ¿cómo puede determinarse el hombre libremente, cuando sus acciones concretas hacia el exterior, han de conjugarse y encontrarse necesariamente con las acciones de los demás; es decir, con acciones que pueden impedir su obra moralmente necesaria?

A este, que es en último juicio el problema de la posibilidad de la moralidad en la convivencia, responde Kant con su concepto del Derecho. Este, no es tan sólo un esquema general de conducta permitida, es la condición de la autonomía en el mundo concreto de las relaciones sociales. Un orden, que por su "certeza" y "permanencia", garantiza el máximo de acción libre en la convivencia, siendo por ello, condición de la determinación moral del hombre como ser social. En efecto, Kant opone el concepto del Derecho, a la aporía suscitada por la pregunta, ¿cómo puede el hombre hacer real la autonomía que es el fundamento de su dignidad y de toda naturaleza racional, en un mundo en que su obrar choca con el obrar de los demás hombres? Responde entonces el filósofo: "Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede ser compatible con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad".¹⁴

La libertad limitada por el derecho es la facultad de obrar externa del hombre, entendida como la posibilidad de acción

susceptible de influir en la esfera de acción de los demás. Kant ve a los hombres enfrentados en el antagonismo de su libertad. El conjunto de acciones contrapuestas es la materia sobre la cual se ejercita el derecho. Dice Kant entonces: el objeto del derecho no son las relaciones del hombre con Dios, sino del hombre con los demás hombres, y ello en tanto que "las acciones humanas puedan tener influencia unas sobre otras como hechos externos".¹⁵ La libertad no debe ser sin embargo limitada por leyes coactivas caprichosas, sino sólo por aquellas sin las cuales no puede existir la sociedad civil y que por lo tanto son absolutamente indispensables para ella. Por eso el derecho no es sólo para Kant un "orden", cualquiera que éste sea, sino limitación de la libertad en la medida estrictamente necesaria para el goce de todos de una misma esfera de acción libre. El celo de Kant por la esfera de la libertad queda claro: "el derecho único y originario que el hombre posee en virtud de su calidad de hombre, es la libertad, en tanto que ella puede coexistir con la libertad de los demás, de acuerdo con una ley general".¹⁶

La "generalidad" como segunda característica del Derecho en Kant, es el abandono de las "decisiones de fuerza" y demás formas arbitrarias de intervención del poder propio del Estado absolutista, en la esfera de la libertad individual, de modo que el poder sea ejercido no por los hombres, unilateralmente y de situación en situación, sino por las leyes de manera abstracta, general y permanente. Allí es donde observa Kant la "certeza" y la "permanencia" necesarias al derecho.

Ahora bien, el concepto del derecho precede a la definición del concepto de Estado. Kant concibe éste como la condición formal misma por la cual el

14. Immanuel Kant, "Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", en Immanuel Kant (Werke), Herausgegeben von Ernst Cassirer, Band VII, Berlin, 1922, p. 31.

15. Ibídem, p. 31.

16. Ibídem, p. 39.

orden jurídico se hace posible como orden objetivo de la convivencia. Si el derecho es inevitablemente “coactivo”, donde encuentra la fuerza para serlo, es en la dinámica estatal. Es un poder individualizador y asegurador del derecho. Pero, como tal, es ante todo, condición para el ejercicio de la libertad, pues la “libertad es el principio e incluso el presupuesto de toda coacción”.¹⁷ Cada vez que Kant se pregunta por el orden, se cuestiona sobre la necesidad de preservar la libertad. Y es en este contexto en el cual discierne sobre los fines del Estado. Reacciona contra una suerte de “Estado paternal”, un “Estado de la coacción”, en el cual cada uno es forzado, aún contra su libertad, a seguir una conducta predefinida que según el propio Estado es la que mejor sirve a sus fines individuales. Un Estado entregado al fomento del “bienestar” y la “felicidad” de sus súbditos, que para ello entra en todas as esferas “individuales” religión, salud, higiene, vida familiar etc. Kant reacciona radicalmente contra esa idea, que había encontrado de alguna manera expresión legislativa en el Landrecht prusiano. Para Kant, el Estado tiene tan sólo el fin puramente objetivo de mantener y posibilitar el orden jurídico; la felicidad, el destino, la opción moral, son cometidos que al Estado no le competen: “El bienestar o la felicidad de los ciudadanos podrían lograrse mejor quizá en un Estado despótico”.¹⁸ Para Kant incluso, y es ésta una idea fundamental para entender el sentido profundo del tema que nos ocupa, la mejor forma de gobierno no es aquella en la que “mejor se vive”, sino aquella en la cual los ciudadanos tienen mejor asegurado su derecho. Concluye así entonces: “Un gobierno fundado en el principio de la benevolencia respecto del pueblo, de modo

semejante a como un padre se comporta en relación con sus hijos, es decir, un gobierno paternal (*imperium paternale*) en el cual los súbditos sólo tienen que conducirse pasivamente, como si fueran niños que no pueden distinguir lo que verdaderamente les es provechoso o perjudicial, y que no saben cómo deben ser felices, es el mayor despotismo imaginable”.¹⁹ De esta forma, la limitación impuesta a la libertad de cada uno — de no entorpecer la libertad de los demás — y por ello mismo, el dilema de la posibilidad real de la libertad en el ámbito social, está resuelto por Kant en los límites claros que él concibe para el derecho como orden y para la actuación del Estado donde ese orden se hace posible y cierto.

La felicidad, como cometido estatal, es un ideal inalcanzable, no sólo porque ella depende de las circunstancias concretas en las que se mueve cada individuo, y es distinta en cada uno, sino porque la razón humana no posee la agudeza suficiente para abordar en su totalidad los hechos que pueden derivar de una sola y particular acción humana, y por ello, no está en condición de establecer que un determinado comportamiento — aquellos que en la sentencia son situados de manera exclusiva en la órbita de la libertad individual — va a conducir al logro de aquel “estado” particular en que se manifiesta la felicidad y el bienestar humanos. Si hay una racionalidad que se cree con semejante agudeza, entramos entonces a otro terreno: la actuación de técnicas de racionalidad política que disfrazan un extremo autoritarismo. La historia conoce amargas lecciones de tales astucias “racionales”. Una vez más: al Estado le corresponde garantizar las reglas de

17. Ibídem, p. 148.

18. Ibídem, p. 124.

19. Immanuel Kant, “Über den Gemeinspruch: Das Mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1973)”, in Immanuel Kant... Band VI, p. 374.

juego en una sociedad — actuando, eso sí, sobre toda desigualdad que se traduzca en incapacidad efectiva de amplios sectores para acceder a ellas, y asegurando los medios concretos para que cada uno las pueda utilizar — de tal manera que cada cual escoja los caminos propios para su ilusión de bienestar y de felicidad individual.

La sentencia de la Corte Constitucional colombiana está indudablemente cercana a esta visión del Estado, la cual es atacada severamente en el salvamento de voto. Los magistrados desidentes consideran que se trata de una visión “ingenua y anacrónica, pues sólo refleja una concepción del liberalismo individualista decimonónico, sostenedor del desueto “Estado gendarme”... desconociendo la evolución ideológica, política y económica experimentada por el liberalismo contemporáneo”.²⁰ No es así empero. Como lo hemos señalado, se trata de una clara y necesaria limitación del poder estatal. Ya desde el propio Kant puede observarse cómo el papel de la filosofía, paralelo al desenvolvimiento del Estado moderno y del nuevo manejo político de la sociedad, es el de observar cautelosa y permanentemente el poder excesivo con el cual se reviste la moderna racionalidad política. Tanto más cuanto que el ejercicio arbitrario del poder es cada vez más un fino y sofisticado ejercicio “racional”; cuanto que es cada vez más estrecha la relación entre complejos procesos de racionalización y excesos del poder político.

5.4 Revisión crítica de la noción de “enfermedad” en relación con el consumo de drogas

Uno de esos mecanismos complejos de racionalización, es aquel que en nuestra reseña de Foucault hemos ob-

servado como “sistemas de diferenciación”. En la sentencia se reacciona radicalmente contra el manejo arbitrario de la noción de “enfermo”. En ella, no sólo se rechaza la reacción penal frente al consumo mínimo de drogas, sino que es rechazado profundamente el tratamiento médico que se le impone de manera obligatoria al consumidor. Sólo si el individuo lo solicita, el Estado tiene la obligación de ofrecer tratamiento, y de disponer de los medios adecuados para el mismo. Pero no puede imponérselo sin su consentimiento.

La sentencia reacciona contra la tesis expuesta por muchos funcionarios estatales que avalan las normas declaradas inconstitucionales, pues consideran que ellas le hacen un favor al drogadicto, ya que él es considerado por el Estado más como una “víctima”, que un delincuente, y por ello, antes que un castigo, recibe un “tratamiento adecuado” para su recuperación. Con ese argumento opera en realidad la misma lógica punitiva: del paternalismo criminalizante, al paternalismo terapéutico. Ante esa idea, ante la obligación que imponía al drogadicto la norma para ser “internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación”, se pregunta la Corte: ¿“se trata de una pena (retaliación por haber delinquido) que se destina al sujeto activo de un delito, o de una medida humanitaria en beneficio de un enfermo? Si es lo primero, la norma es inconstitucional, conforme al análisis que ya hemos hecho, pues no se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa”. Si es lo segundo, una medida humanitaria encaminada a restituir la salud a quien padece una enfermedad, precisa la Corte, “no hay duda que también es abiertamente inconstitucional, pues cada quien es libre de decidir

20. Salvamento de Voto a la sentencia de la Corte Constitucional N. C-221 de 1994, p. 2.

si es el caso o no de cuidar de su salud". Los magistrados hacen un recuento de cómo históricamente desde nuestra antigua Constitución el Estado no era considerado el dueño de la vida de las personas, y por eso, en armonía con ella, no constituyó el suicidio un objeto de regulación penal. Concluyen así entonces: "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 inflingirme".²¹

Esta idea, centro de la crítica radical en el salvamento de voto, de la reacción gubernamental y del rechazo de los diversos sectores sociales a la sentencia, no la fundamentan los magistrados tan sólo en su tesis sobre la irrelevancia para el derecho de las decisiones enclavadas en el fuero interno, sino en los inmensos costos sociales y que para el ejercicio real de la justicia en un país, han producido los "tratamientos psiquiátricos" para los llamados "enfermos" que son caricativamente tratados como víctimas. Pareciendo el más radical discurso antipsiquiátrico de los años 60s y 70s, pero constituyendo en cambio una evaluación seria de la realidad en que se ejercen estos tratamientos, la sentencia establece, fundada en los más estrictos principios liberales de las libertades-resistencia que, "bajo el tratamiento de ciertas conductas que se juzgan desviadas, como enfermedades, se esconde el más feroz poder represivo, tanto más censurable cuanto más se presenta como una actitud paternal (casi amorosa), frente al disidente". Y agregan, en una clara subversión de aquellos lenguajes que han sido sustento de tareas criminalizantes y degretantes... "La reclusión en establecimientos psiquiátricos o similares, ha sido, desde hace mucho un vitando mecanismo usado por los regímenes totalitarios para

"curar" a los heterodoxos. Y las sociedades contemporáneas se han empeñado en tratar a los drogadictos como heterodoxos, pero heterodoxos enfermos a quienes hay que hacerles ver el mundo como lo ven los gobernantes".²²

De manera indirecta, la sentencia descubre además uno de los problemas que más agobian, sin que se haya puesto suficiente atención a ello, al sistema penal colombiano: la situación de los inimputables; de aquellos que, una vez declarados "enfermos mentales", son recluidos en infiernos sin regreso... En sórdidos anexos psiquiátricos de las cárceles, abandonados a dictámenes médicos sin control y sin tiempo, a la tristeza de la locura sin fin, como se desprende del texto mismo del artículo 51 de la ley 30 de 1986 que, recordemos, señalaba cómo el "drogadicto" debía ser internado, de "acuerdo con dictámen médico" por "el término necesario para su recuperación". Es decir, de manera indefinida, violando principios elementales del derecho penal y violando la misma Carta Política que señala en su artículo 28 sobre el debido proceso que "en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas ni medidas de seguridad imprescriptibles". La norma le confería igualmente poderes sobre la libertad de las personas a médicos, sujetos sin carácter jurisdiccional, sin responsabilidades concretas y sin controles: donde más radical se expresan ciertamente las relaciones de poder dentro de una sociedad, es en la diseminación del mismo hasta llegar a expresarse en personas concretas que lo ejercen libremente y con licencia sobre otras. Es lo que Foucault ha llamado "la microfísica del poder", siendo precisamente el universo general de la medicina, de las terapias, de los tratamientos, uno de los espacios donde más agudamente se expresa el poder y se vulnera la libertad.

21. Sentencia, loc. cit., p. 16.

22. Ibídem, p. 16.

Ya la propia Corte Constitucional, resolviendo una acción de tutela, falló contra la decisión de un juzgado que justificaba la imposición por la fuerza de un tratamiento médico a una persona enferma por parte de familiares suyos. Establece la sentencia que la persona es libre de decidir si se somete o no a un tratamiento médico y a las modalidades del mismo, y que ella "tiene la potestad de auto determinarse, conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos, en lo relativo a lo que a su juicio es más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida".²³

Sin embargo, no cae la sentencia en la ingenuidad de hacer una especie de elogio de la locura, o un espectáculo de la drogadicción, o un desconocimiento

torpe de las consecuencias que puede traer consigo la opción de la droga. Lo importante es que ella traslada el ámbito de la decisión: de la obligación de un tratamiento impuesto, del destino de la salud en manos del Estado — del "Estado asistencial" — la decisión pasa al individuo. La simple sobreposición de los niveles de "castigar" y de "curar" — como estaba previsto en las normas declaradas inconstitucionales — hace que la respuesta terapéutica estatal funcione, directa o indirectamente, como sucedáneo de la respuesta penal, y no como una terapia edificada sobre "la autopercepción del sujeto, y su libertad de solicitarla según su propia apreciación de las necesidades".²⁴ En la sentencia se consigna no sólo la autonomía de la persona en relación con la decisión en cuanto al uso de la droga, sino que se cree en su capacidad para decidir libremente y de manera diferenciada para su caso particular, el tratamiento por parte del Estado. Es seria la objeción de quienes aseguran que ello es un engaño, pues un drogadicto en estado grave ha perdido su capacidad de determinación autónoma. Sin embargo, es necesario, primeramente, desdramatizar el problema, reconocer que se puede trabajar con éxito por fuera de la actividad criminalizante, en etapas anteriores a un colapso de adicción incontrolada. Además, así como cada individualidad exige un tratamiento diferente y particular y que sólo en cada persona existe y en nadie más, la esperanza o no de salir de su estado, debe creerse y respetarse en todo caso los contornos de su voluntad. Al Estado no le corresponde interpretarlos bajo sus propios principios.

23. Corte Constitucional, Sentencia N. T-493 de la Sala Segunda de Revisión, magistrado ponente, Antonio Becerra, Bogotá, 1993. Citada en la sentencia de inconstitucionalidad que estudiamos, p. 17. La acción de tutela, que es consagrada en otras legislaciones como el moderno derecho de amparo, ha sido establecida en Colombia por la nueva Carta Política en su artículo 86, que consagra cómo "toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos derechos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública". A través de esa acción, se le ha dado dentro de la comunidad jurídica colombiana, un impulso extraordinario a la "jurisdicción constitucional", los jueces han encontrado en ella una ayuda para interiorizar mejor su papel de garantes de los derechos humanos fundamentales, y la ciudadanía ha hecho uso de la misma para solucionar sus problemas más concretos y cotidianos. A través suyo, el derecho constitucional ha dejado de ser la fría y abstracta evaluación de normas que se oponen, para batirse en el centro mismo de la dinámica social.

24. Alessandro Baratta, "Fundamentos ideológicos de la actual Política Criminal sobre drogas", en José Díez y Patricia Laurenzo, *La actual Política Criminal sobre Drogas: una perspectiva comparada*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 25.

5.5 Un dilema hacia el futuro: los riesgos del "Estado de Seguridad"

El no observar los límites de la actuación del Estado Social de Derecho puede llevarnos a dilemas muy complejos que hoy viven las sociedades altamente industrializadas. Con el agravante propio de sociedades como las nuestras, en las cuales todavía no han sido conquistados espacios fundamentales dentro de la esfera de la libertad individual.

Detrás de la noción de "seguridad", del control de los riesgos de los hombres por parte del Estado dentro de la "Sociedad del riesgo", las comunidades europeas están viviendo el absurdo de ver cómo los movimientos de una persona, que constituyen precisamente su construcción particular de "futuro" y su crecimiento como ser humano, están siendo controlados y convertidos en objetos de regulación mercantil. Los riesgos, lo que puede ocurrir con la salud, con el bienestar, con la seguridad, están siendo celosamente regulados y además, por agencias, que como las compañías de seguros y semejantes, escapan a controles reales y dejan inermes a los ciudadanos frente a sus exigencias, amparadas en el sofisma de su reglamentación autónoma. El futuro ha ido perdiendo el "phatos" que le da sentido a la vida humana, el vértigo de lo inesperado — único remedio contra el tedio propio de sociedades de progreso irrefrenado — está siendo programado, evaluado y convertido en categorías económicas, por técnicas complejas de racionalización de lo imprevisible: "Al final del siglo XIX pierde el concepto de accidente su significado abstracto; "algo que casualmente sucede" y va a estar más ligado a la noción de reparación de un daño. En adelante, marcará ello no solamente un tipo de acontecimiento, sino una modalidad de relación con los demás".²⁵

Permítasenos introducir aquí una discreción que, como anécdota a la que asitimos por casual observación, expresa el otro drama, el de todo asegurado. En algún pequeño pueblo alemán, una señora de avanzada edad, asistiendo al llamado de los vientos de otoño en su casa, rogaba a la providencia que uno de esos vientos no programados, "dañara" su ventana principal y preferida, pues había pagado, cumplida y orgullosamente, um "seguro" especial para ella, y quería hacerlo efectivo contra los dictados de la propia providencia.

La protección de las personas de sus riesgos, el Estado de la "prevención", ha traído consigo el inmenso dilema de haber sido concebido para proteger la libertad de las personas, al mismo tiempo que en la práctica se ha convertido en una amenaza para la misma: "En virtud de la prevención de los peligros para la libertad individual, ella amenaza la libertad del orden social en conjunto, al mismo tiempo que reduce y levanta las cautelas democráticas y del Estado de derecho que han sido desarrolladas para limitar el poder estatal en favor de la libertad individual".²⁶ Es por ello que muchos autores alertan sobre la necesidad de encuadrar los alcances de los mecanismos con que actúa la prevención, en el marco del derecho constitucional. Se acepta que estos mecanismos han escapado al lenguaje tradicional de las Constituciones modernas y el peligro que para la libertad representa dicha situación.²⁷

Puede causar ciertamente hilaridad en sociedades latino-americanas las cuales viven el drama contrario de estar lejos una mínima noción de seguridad, que autores europeos se preocupen por rescatar el derecho de los individuos a

26. Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, p. 200.

27. *Ibidem*, p. 200.

25. François Ewald, *Der Vorsorgestaat*, Suhrkamp, Frankfurt, 1993, p. 17.

tener sus propios riesgos, y que usen como ejemplos el "fumar, el esquiar, el manejar autos y la especulación en las bosas de valores".²⁸ Ello revela sin embargo la disyuntiva que para la dignidad humana presenta la tensión entre seguridad — y la salud como uno de sus derivados — y la libertad.

5.6 Del derecho humano fundamental al libre desarrollo de la personalidad humana

Toda la idea de libertad que se mueve en la sentencia, está amparada en una lectura ciertamente valerosa del artículo 16 de la Constitución Política, que establece: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico". Es claro en la sentencia, como lo hemos visto, hasta dónde llega la noción de "los derechos de los demás". Respecto de la segunda exigencia, se extrema la defensa del precepto, al señalarse que si cualquier limitación de la libertad se acepta sólo por el hecho de estar consignada en una norma, ese derecho deja de existir en la realidad. Sería como si el Estado dijese: "Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado".²⁹ En otras palabras, para la Corte, "el legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución". Y ese espíritu — la prevalencia de la libertad — queda expresado con claridad al sellarse jurisprudencialmente el artículo 16 como núcleo intocable de la Carta Política: "téngase en cuenta que en esa norma se consagra la libertad "in nuce" porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella. (es el recono-

cimiento de la persona como autónoma en tanto que digna). Es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin". Y se agrega, subrayando el sentido general de la nueva Carta Política: "Una vez que se ha optado por la libertad, no se la puede temer".³⁰

El costo que representa el respecto real de la libertad en una sociedad democrática, es el punto clave para discenir los alcances verdaderos de la sentencia que estudiamos. De una libertad que puede llevar incluso a la autodestrucción. En el salvamento de voto, bien elaborado y poblado también de argumentos sensatos, se arrecia contra esta idea de la libertad.

5.7 El Salvamento de Voto: La libertad tan sólo en el camino del "bien"

El ataque se centra en dos supuestos básicos: una concepción filosófica particular de la libertad y una concepción sobre el papel del Estado social de derecho. En relación con la primera, se afirma que no se puede creer en una libertad que lleve al hombre contra sí mismo. Para los magistrados disidentes, el hombre debe estar gobernado sólo por la razón y la razón endeña que únicamente aquello que hace crecer al hombre debe ser concebido como producto de la libertad: "la dirección del hombre hacia el bien, sólo se logra mediante la libertad, entendida como la facultad de obrar con conciencia de las finalidades perfeccionantes a que está ordenada la naturaleza humana".³¹

Extremando el argumento, cae sin embargo el salvamento en los dilemas del bien y del mal, y toma partido sin discusión por aquella libertad que tiende únicamente hacia el bien. Ya, sin embargo, en un esfuerzo extremo por pensar la libertad y situarla como la

28. *Ibíd.*, p. 217.

29. Sentencia, loc. cit., p. 19.

30. *Ibíd.*, p. 18.

31. Salvamento de Voto, loc. cit., p. 11.

pregunta principal para la filosofía, como el centro de la visión del absoluto, Schelling, em un texto clásico de 1809, partiendo de Dios como el propio absoluto, se enfrentó al angustioso dilema de la posibilidad del mal aún en aquello que es lo absolutamente perfecto: "Este es el punto de más honda dificultad de toda la doctrina de la libertad, que ha sido sentido desde siempre y que afecta no sólo a éste o aquel sistema, sino en mayor o menor medida a todos, y de modo superlativo al concepto de inmanencia, pues, o bien se acepta que existe un mal efectivo, en cuyo caso es inevitable incluir el mal en la sustancia infinita o en la propia voluntad originaria — con lo cual se destruye el concepto de un ser absolutamente perfecto — o bien hay que negar de algún modo la realidad del mal, con lo cual, sin embargo, desaparece al mismo tiempo el concepto real de libertad".³²

No es este por supuesto el espacio para ahondar en esta ardua reflexión, pero sí es importante destacarla, pues de ella se derivan consecuencias concretas en el manejo publicitario y político del problema de consumo mínimo de drogas. De hecho, en gran parte de las furiosas reacciones contra la sentencia, subyace el problema del mal, dramatizado e ideologizado. En ella, a diferencia del salvamento, pese a que no se aborda la cuestión en términos del bien y del mal, sí se acepta éste como opción de la libertad humana. Abordar el problema del mal a través de la libertad humana no es sólo un buen comienzo metodológico para una indagación teórica sobre el mismo, sino que, en el caso de esta decisión jurídica, en la cual se dice qué es derecho y cuyas implicaciones para una sociedad son concretas,

constituye un acercamiento al problema en todo caso más acorde con la propia naturaleza humana y por lo mismo, menos encubierto y más objetivo.

En el salvamento, se hace una extensa enumeración de la destrucción causada por el consumo mínimo de drogas: la proliferación de la delincuencia, la desarticulación de la unidad familiar, el aumento del desempleo, el mal ejemplo, la pérdida de bienes esenciales sobre los cuales se sostiene una sociedad. En él se descuida sin embargo aspectos de fondo: no se indaga sobre el por qué de decisiones individuales que parecen tan "anormales" y que tienden a la autodestrucción; no se pregunta — si lo hace en cambio la sentencia — sobre el por qué de la existencia del consumo e drogas como opción personal de vida y qué tiene ello que ver con los valores que se profesan en un medio social y la extrema crisis que hoy los afecta. Al entrar en cambio directamente en la preocupación por dichos valores y al enfatizar la necesidad de una respuesta social y estatal radical contra el consumo de drogas, queda polarizada la discusión de manera que en la sentencia hablan los profetas del caos y en el salvamento los guardianes de los valores. Y no es ese el sentido de la misma.

5.8 Educar y no Criminalizar

Reaccionando contra formas tradicionales de enfrentar el consumo de drogas, en la sentencia el fenómeno se traslada a un ámbito que no resulta cómodo; que desconcierta porque no supone la salida falsa que esconde la responsabilidad personal y social frente al mismo; que no abandona el problema a la policía y a los jueces: el fenómeno del consumo de drogas se traslada al ámbito de la educación. Al terreno del diálogo y de la persuasión. Allí se exige responsabilidad y seriedad, pues "tratándose de seres pensantes (y la educación ayuda a serlo) lo único digno

32. F. W. J. Schelling, *Das Wesen der menschlichen Freiheit*, "Eingeleitet und mit Anmerkungen versehen von Dr. Horts Fuhrmans", L. Schwan, Düsseldorf, 1. Auflage, 1950, p. 22.

y eficaz consiste en mostrar de modo honesto y riguroso la conexión causal existente entre los distintos modos de vida y las inevitables consecuencias, sin manipular las conciencias". Lo que suceda posteriormente — manteniendo así la Corte intocable el núcleo central de toda su argumentación — y "suponiendo que el conocimiento es un presupuesto esencial de la elección libre, y si la elección, cualquiera que ella sea, tiene esa conotación, no hay alternativa distinta a respetarla".³³

Si en el salvamento de voto toda libertad individual es relativa porque por encima suyo se encuentra el interés general y toda libertad es una libertad en sociedad, en la sentencia la esencia del interés general estriba en el respeto profundo a la libertad individual en asuntos que sólo a ella le competen, porque "estas son las consecuencias que se siguen de asumir la libertad como principio rector de una sociedad que, por este camino, se propone alcanzar la justicia". Finalizamos este capítulo subrayando esa conclusión final de la sentencia: sí, como ya lo comentamos, el tránsito de la soberanía nacional a la soberanía popular significa que el Estado se construye desde la sociedad y que los derechos fundamentales y las instituciones concebidas para su defensa, priman sobre las instituciones y tareas estatales, muy consecuente es pensar también la justicia y, más allá incluso, la ilusión de la felicidad, ante todo como tareas concretas de los individuos autónomos y no como promesas o imposiciones Estatales.

6. De la responsabilidad individual frente al problema de las drogas

Diversos argumentos fueron expuestos por el gobierno y por múltiples sectores sociales en contra de la decisión

adoptada por la corte Constitucional: se habló del peligro de una escalada de la delincuencia, de la mala imagen del país a nivel internacional, se dijo además que era la puerta abierta para la legalización de la droga y el fortalecimiento de los cárteles del narcotráfico. Sin embargo, la sentencia hace una diferenciación clara entre el consumo y la producción y tráfico de drogas. Estos se sigue condenando, no se apoya el narcotráfico. En el salvamento se ataca esta postura por considerársela como una contradicción insalvable: ¿Cómo permítese, a nombre de la libertad individual, el consumo y sin embargo castigarse a quienes proveen la droga? Al declarar constitucional la norma que establece al cantidad de droga que se considera como dosis mínima, la sentencia distingue entre tráfico y consumo. Los magistrados en mayoría respondem así a la objeción: "determinar una dosis para consumo personal, implica fijar los límites de una actividad lícita (que sólo toca la libertad del consumidor), con una ilícita: el narcotráfico que, en función de lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables".³⁴

El problema es no obstante más complejo y hay que analizarlo en función del artículo 16 de la Carta Política. Los alcances del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad humana van más allá del fenómeno exclusivo de la droga. Se trata, por esa vía, de defender igualmente las opciones individuales frente a los libros que se leen — recuérdese que han existido siempre quemados de "libros prohibidos" — las ideas que se siguen, la alimentación por la que se opta, la música que se escucha etc. La sentencia de tutela que reseñamos anteriormente, también la fundamenta la Corte Constitucional en el artículo 16. Es decir, el

33. Sentencia, loc. cit., p. 20.

34. Ibídem, p. 23.

problema de la salud tampoco se agota en los dilemas planteados por las drogas. El otro camino es más peligroso: bloquear la consagración de la libertad individual en razón a la existencia del fenómeno del narcotráfico. El tráfico y la producción existen y existe el consumo. Los dos son realidades. En la sentencia se separan, para salvar el artículo 16 y defenderlo como núcleo intocable de la Constitución Política, sin que por ello se haga una defensa jurídica del narcotráfico. En todo caso, lo saludable es desnarcotizar el sentido del propio artículo y devolverle su dimensión de regla universal.

La sentencia, de otro lado, establece en su parte final: "puede el legislador válidamente, sin vulnerar el núcleo esencial de los derechos a la igualdad y la libertad... regular las circunstancias de lugar, edad, de ejercicio temporal de actividades y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de drogas resulte inadecuado o socialmente nocivo, como sucede en la actualidad con el alcohol y el tabaco".

El gobierno expidió en efecto, con base en normas de policía, un decreto sancionando el consumo de drogas en lugares públicos, como colegios, establecimientos culturales, vacacionales etc., y en relación con personas que ejecuten cierto tipo de tareas como médicos, profesores, conductores de transporte público etc., durante el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, el debate ha quedado planteado dentro de la sociedad colombiana y ha trascendido al nuevo presidente de la República, que como señalamos, se posesionó en el mes de agosto del año en curso, quien ha adoptado igualmente la idea de la consulta popular, que se llevaría a cabo a finales del mes de octubre de 1994. Es importante anotar que el nuevo mandatario fue enjuiciado también por los Estados Unidos, a raíz de intentos que

no prosperaron de penetración en las finanzas de su campaña por parte de os carteles de la droga. Se comprobó la claridad de las finanzas, pero el presidente tuvo que viajar al país de norte a ofrecer personalmente las garantías correspondientes: desde el inicio su mandato se encontró entorpecido por estos incidentes, de modo que el manejo autónomo del narcotráfico es una posibilidad cada vez más remota. De hecho, la "necesidad" de mostrar una buena imagen internacional, ha incidido determinantemente en la idea de adelantar un referéndum. Este ha sido cuestionado severamente, pues remite a la discusión simple y esquemática de "buenos" y "malos". Se preguntará a las gentes si están o no de acuerdo con la penalización de la droga. Se trata, a juicio de muchos observadores políticos, de una falsa polarización que en el fondo tiende a deslegitimar el necesario ejercicio de control jurídico dentro de un orden social, y a enfrentar decisiones de altos tribunales de la justicia con la ciudadanía, para luego manipularlas políticamente. En un contexto político como el colombiano, en el cual ha sido tradicionalmente el ejecutivo el que ha centralizado en períodos claves el poder político, es ello especialmente preocupante. Es por esa razón que se percibe un marcado malestar dentro de la rama jurisdiccional en conjunto frente a la idea de la consulta.

Lo importante es que hoy se habla abiertamente del problema, se discute seriamente en Colombia y el propio gobierno participa de esa discusión, sobre la necesidad de buscar caminos alternativos, sobre el papel de la educación, sobre la necesidad de no polarizar la discusión en términos de malos y buenos, sobre la eficacia real de los tratamientos médicos y las terapias, sobre los efectos contraproducentes de una visión meramente punitiva del problema. Hoy se habla abiertamente de la fuerte discusión en los Estados

Unidos en relación con el “fracaso” de la “guerra” tradicional contra las drogas en ese país, de la multiplicación y sobresaturación inútil y sin opción de “resocialización” de los presos por consumo de drogas en las cárceles norteamericanas y de la necesidad de buscar alternativas; tanto más grave es ello en Colombia, cuanto que el sistema judicial se encuentra amenazado siempre por un colapso, mientras que el consumo no ha disminuido realmente con la criminalización.

La incitativa gubernamental del referéndum, ha movilizado efectivamente sectores de la población. Y si bien una gran mayoría de ella estaría a favor de una criminalización del consumo mínimo de drogas, se han creado fundaciones a instancia de la sociedad civil, que pretenden, bajo los lineamientos de la sentencia, informar, discutir, hablar con las gentes acerca de alternativas a la criminalización. Valga quizá en este momento citar al coordinador de una de ellas, quien como psiquiatra, ha trabajado mucho tiempo con dragadictos a nivel nacional e internacional, y para quien “El terrorismo terapéutico estatal no ha

servido para nada. Despenalizar las dosis personal es un avance para quienes trabajamos en terapias, pues ya no vamos a estar fetichizando la salida represiva y los padres no van a seguir soñando y creyendo que la policía los jueces van a proteger a sus hijos de la droga cuando esto es falso”.³⁵

A nuestro juicio, y más allá de la discusión jurídica o psicológica del fenómeno de la droga, y más allá incluso de la droga misma, lo importante de toda esta reflexión radica en el problema central de la responsabilidad personal dentro de una sociedad, del papel de la decisión individual en ella; más aún en sociedades como las occidentales, en las cuales con mayor o menor diferencia y acento, en el espectáculo de las abstracciones y en el síndrome de las instituciones hetéreas e impersonales, se ha diluido cómodamente el sentido profundo de la responsabilidad individual. Recordamos por ello, para finalizar, el epígrafe con el cual hemos iniciado este escrito.

35. Luis Carlos Restrepo, en *Revista Cambio* 16, Colombia, Bogotá, n. 50, 23.5.94.