

Bogotá, 1.º de febrero de 2008

Señores
Magistrados de la Corte Constitucional
E. S. D.

Referencia: Concepto Técnico Ley 30 de 1986, Literal A, parcial, y B del artículo 20.
Actor: ENRIQUE ÁLVAREZ POSADA
Magistrado Ponente: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Expediente n.º D-7073

1. Resumen de la demanda:

El Sr. ENRIQUE ÁLVAREZ POSADA presentó una acción pública de inconstitucionalidad contra los literales a (parcial) y b del artículo 20 de la Ley 30 de 1986 por considerar que dichas normas violan los artículos 333 y 336 de la Constitución Política de Colombia.

Las normas impugnadas asignan al Ministerio de la Protección Social, a través del Fondo Rotatorio de Estupeficientes, la función de adquirir en el país las drogas que produzcan dependencia y los precursores utilizados en su fabricación y establecen que la importación y venta de dichas sustancias se hará exclusivamente a través del mismo Fondo.

El accionante considera, en primer lugar, que las disposiciones demandadas crean un monopolio del Estado sobre la importación, venta y adquisición de drogas y medicamentos que crean dependencia. Monopolio que no tiene origen ni en la Constitución ni en Tratados Internacionales ratificados por Colombia y que tampoco constituye un arbitrio rentístico; condiciones éstas fundamentales para la creación de un monopolio. Así mismo, considera el demandante que también se viola el derecho a la libre empresa y a la libre iniciativa privada cuando se impide a los particulares la importación producción y comercialización directa de dichas sustancias, ya que dichas operaciones, según la norma demandada, deberán realizarse a través del Fondo Rotatorio de Estupeficientes.

2. Fundamentos del concepto:

PRIMER CARGO: VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 336 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En relación con el primer cargo, consideramos que: I. Los literales a (parcial) y b del artículo 20 de la Ley 30 de 1986 están muy lejos de establecer un monopolio del Estado sobre la importación, venta y distribución de drogas y medicamentos que producen dependencia; II. Se trata, en cambio, de una excepción a la prohibición general del tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por la que opta el legislador en desarrollo de su potestad punitiva. Prohibición y excepción éstas, dirigidas a tutelar los bienes jurídicos que el legislador ha considerado se pueden ver vulnerados con la libre comercialización y/o con la prohibición absoluta de acceder a las sustancias que producen dependencia y que pueden ser necesarias para tratamientos médicos.

I. ¿POR QUÉ LOS LITERALES A (PARCIAL) Y B DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 30 DE 1986 NO ESTABLECEN UN MONOPOLIO RENTÍSTICO?

Para empezar es menester entender cuál es la naturaleza de los monopolios rentísticos que el Estado está facultado para crear.

Desde antes de la Constitución de 1991 se reconoció dichos monopolios como instrumentos idóneos para la obtención de rentas públicas, destinadas a fines de interés público o social¹ como la salud o la educación. Recordemos la Sentencia n.º 53 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, del 25 de abril de 1991:

No obstante, el Constituyente de 1991 estimó conveniente consagrar el monopolio, al lado de los sistemas impositivos, *como fuente de ingresos del Estado*. El artículo 31 en tal dirección, atribuye exclusivamente a la ley la facultad de retirar de la órbita privada el ejercicio de actividades económicas cuya rentabilidad sea óptima para producir ingresos que, a título de ganancias, sean empleados en los gastos que demandan las gestiones del Poder Público.

1 “En otras palabras, con independencia de que en el texto constitucional de 1886 se aludiera o no al interés público o social, la noción de monopolio como arbitrio rentístico no era ni es separable de las finalidades de interés público y social, por cuanto las implica, dado que esas finalidades son las únicas capaces de justificar el sacrificio de derechos de contenido económico, tan caros al sector privado”: Corte Constitucional. Sentencia C-316-03, 24 de abril de 2003, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Así, la institución del monopolio, es una excepción al régimen político y la propiedad privada, la iniciativa particular y la libre empresa porque su aplicación supone la prohibición al particular de ejercer la actividad (comercio o industria) reservadas privilegiadamente al Estado *con el fin de obtener utilidades (rentas)*...

El monopolio es históricamente una institución, colocada al lado de los tributos, para que la gestión del Estado–empresario produzca ganancias y rentas destinadas a sufragar sus gastos; gestión amparada, por virtud de la ley, en la utilización exclusiva y excluyente del comercio o de la industria que se le ha asignado privilegiadamente² (cursiva fuera de texto).

No se ve cómo el legislador esté persiguiendo la obtención de recursos mediante la creación de una excepción a la regla general de prohibición de venta y adquisición de drogas que producen dependencia, es decir, permitiendo al Ministerio de la Protección Social su importación, venta y adquisición en el país, limitando, además, dicha autorización, a las necesidades sanitarias, médicas y científicas de las que habla la Ley 30 de 1986.

El monopolio rentístico:

... es un instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas *para que el Estado se procure cierto nivel de ingresos* con el fin de atender sus obligaciones. Para el Estado la finalidad del monopolio no es excluir la actividad económica del mercado sino *reservarse una fuente de recursos económicos* que le reporte su explotación. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-540 del 22 de mayo de 2001³ (cursiva fuera de texto).

Es esta la única razón que puede motivar al legislador para dar origen a un monopolio rentístico. Razón que no se debe confundir con la necesidad de permitir que ciertos bienes que pueden ocasionar perjuicios a la salud de las personas se comercialicen bajo la responsabilidad del Estado. De ahí que la expresión misma de la Constitución sea tan clara (art. 336): “Ningún monopolio podrá establecerse *sino como* arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley” (cursiva fuera de texto). El arbitrio rentístico o interés de percibir recursos es la finalidad que da origen a dichos monopolios; no se trata, entonces, de un requisito de validez de los mismos sino de la motivación misma que lo origina.

2 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia 53, expediente 2226, 25 de abril de 1991, M. P.: PABLO J. CÁCERES CORRALES.

3 Corte Constitucional. Sentencia C-316, 24 de abril de 2003, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Por estas razones consideramos que los literales a (parcial) y b del artículo 20 de la Ley 30 de 1986 no corresponden a la figura contemplada en el artículo 336 de la Constitución Política de Colombia y por lo tanto cualquier valoración acerca de la validez de un supuesto monopolio rentístico desconoce que la naturaleza del mismo es bien distinta de la regulación pretendida con la norma acusada.

II. ¿FRENTE A CUÁL CLASE DE REGULACIÓN NOS ENCONTRAMOS?

Consideramos, además, que las normas demandadas son constitucionales (no porque no constituyan monopolio de arbitrio rentístico) en razón de que la Ley 30 de 1986 no desarrolla ningún monopolio como arbitrio rentístico sino que implementa la potestad penal del Estado para la protección de intereses jurídicos de suma importancia⁴.

El Estatuto Nacional de Estupefacientes es una ley que señala un control especial, con relación a la importación, venta y adquisición de las drogas y medicamentos que producen dependencia, así como de las materias primas, en cabeza del Ministerio de la Protección Social⁵.

Esta exclusividad del Estado se explicaría por la importancia del derecho a la salud⁶ (y su conexidad con el derecho a la vida), a la seguridad pública y al orden público, económico y social. Colombia, como Estado social y democrático

4 Sin embargo el actual debate en torno a la legalización de las drogas ha expuesto argumentos a tener en cuenta. La política criminal represiva ha mostrado no ser la más efectiva contra el narcotráfico: altos costos humanos, políticos y económicos han demostrado su fracaso. La ilegalidad de las drogas genera situaciones de ilegalidad a su alrededor: se crean zonas grises donde fácilmente se vulneran los derechos de quienes allí se encuentran. La criminalización del narcotráfico genera criminalidad para asegurar sus dinámicas (tráfico de armas, lavado de dinero, entre otros); por parte de los traficantes, e igualmente, en la esfera de los consumidores, se presentan infracciones a la ley penal, como el hurto, para procurar el dinero necesario para la compra de las sustancias. La política criminal represiva en este escenario viene a crear más violencia de la que pretende evitar, destruyendo con ello la economía y seguridad de países enteros, y la vida no sólo de aquellas personas que se encuentran vulneradas por las redes de traficantes, sino de los propios consumidores o adictos.

5 De esta manera, y de acuerdo a la importancia que reviste el control de estos productos, el Ministerio de la Protección Social, en aras de la salud pública, ha sido autorizado por el Estatuto de Estupefacientes con el fin de fortalecer los sistemas de vigilancia y control. cfr. también la Resolución 00826 del 2003, emitida por el mismo Ministerio, que determina el sistema de control especial.

6 Si bien es cierto que la Constitución cuenta sólo con el artículo 49 consagrando la prestación del servicio de salud a cargo del Estado, también lo es que la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen el derecho a la salud como un derecho fundamental. Es así que el artículo 93 de nuestra Constitución Política incorpora el conjunto de Tratados y Pactos internacionales suscritos por el Estado colombiano en lo que conocemos como “bloque de constitucionalidad”.

de derecho, tiene la obligación de adoptar medidas para la promoción y protección (Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993) de los derechos fundamentales.

Asimismo, y de acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se obliga al Estado a la tipificación de delitos en aras de prevenir y reprimir conductas lesivas al orden social, y para garantizar el orden público, el bien común y el interés general⁷.

En consecuencia, y como complemento del artículo 20 de la Ley 30 de 1986, el legislador implementó legítimamente, por su capacidad de configuración normativa, diferentes medios para proteger el interés jurídico de la salud. Ese estatuto tipifica delitos (Capítulo V) y contravenciones (Capítulo VI) y el Código Penal en el Título XIII (“De los delitos contra la salud pública”) señala las afectaciones a la salud pública y penaliza el tráfico de estupefacientes y otras infracciones, de acuerdo a una política criminal (criminalización) desarrollada nacionalmente e internacionalmente.

En la misma ley es importante destacar otras políticas públicas fundamentales, tales como la de la prevención (Capítulo II. Campañas de prevención y programas educativos), el tratamiento y la rehabilitación (Capítulo VIII) como medidas cruciales para manejar esta problemática.

De manera que el Estado colombiano opta por la prohibición del tráfico y fabricación de drogas que produzcan dependencia (arts. 375 a 385 C.P.) por las razones ya expuestas, pero consagra una excepción a dicha regla general permitiendo “la producción, fabricación, exportación, importación, distribución, comercio, uso y posesión de estupefacientes, lo mismo que el cultivo de plantas de las cuales estos se produzcan”, para fines médicos y científicos (art. 3.º Ley 30 de 1986).

Vemos entonces cómo el legislador intenta proteger doblemente la salud pública, de un lado, prohibiendo el tráfico de las drogas que producen dependencia, y de otro, permitiendo su importación, adquisición y venta en el país, siempre que ello comporte beneficios para la salud. Pero es claro que si la finalidad es evitar que los ciudadanos accedan o comercien libremente sustancias que pueden provocar graves dependencias, afectar la seguridad pública y el orden económico y social, las excepciones que se hagan a dicha regla han de ser controladas por el Estado, precisamente para evitar que se afecten los bienes que se está pretendiendo tutelar.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-420 del 28 de mayo de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Consideramos entonces que la disposición contenida en los literales a (parcial) y b del artículo 20 de la Ley 30 de 1986, según la cual las importaciones, ventas y adquisiciones en el país de las mencionadas sustancias se deberán llevar a cabo exclusivamente a través del Fondo Rotatorio de Estupefacientes, es constitucional y concuerda con la prohibición del tráfico y fabricación de estupefacientes cuya constitucionalidad ya ha sido verificada por la Corte Constitucional⁸.

SEGUNDO CARGO: VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 333 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El demandante considera que el artículo 20 de la Ley 30 de 1986 es violatorio del artículo 333 (“Libertad económica e iniciativa privada”).

Frente a esta petición de inconstitucionalidad resulta pertinente señalar que si bien el artículo 333 de la Constitución Política consagra que la actividad económica y la iniciativa privada son libres y que, para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley, no se puede efectuar una interpretación aislada de la norma sino que, por el contrario, ésta debe ser sistemática; así lo ha manifestado la Corte Constitucional al señalar específicamente respecto a este derecho:

... insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y que sus normas deben ser interpretadas de “manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas”, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (art. 1.º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (arts. 333, 334 y 335 CN) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina ha prohijado⁹ (cursiva y comillas fuera de texto).

El derecho a la libertad de empresa no es absoluto; el mismo artículo 333 que lo proclama, en su inciso final, señala textualmente que “la Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Dicho de otro modo, el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance frente a esas especiales condicio-

8 Corte Constitucional. Sentencias C-420 del 28 de mayo de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y C-221 del 5 de mayo de 1994, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

9 Corte Constitucional. Sentencia C-398, del 7 de septiembre de 1995, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

nes, pues la empresa como base de desarrollo, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional,

... tiene una función social que cumplir la que implica ciertas obligaciones [...] el Estado al regular su actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común¹⁰.

Siguiendo con una interpretación armónica de los preceptos se debe tener en cuenta, frente al derecho de libertad de empresa e iniciativa privada, lo dispuesto en el artículo 150 numeral 21 (“Funciones del Congreso”:

Art. 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes:

[...] 21. Expedir las leyes de intervención económica previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.

Artículo que coincide con lo señalado por la norma consagrada en el 334 de la Constitución Política, el cual prescribe que

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá por mandato de la ley en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano... (cursiva fuera de texto).

Resulta claro, entonces, que es el Estado quien dirige la economía del país (art. 334) y le permite al legislador, dentro del ejercicio de sus funciones, expedir leyes de intervención económica (art. 150 num. 21 de la Carta).

Esta delimitación del derecho a la libertad económica y la iniciativa privada es una manifestación del *deber* del Estado de asegurar un orden público a sus asociados, es decir “las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que deben existir en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad”¹¹, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia 524 de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-476, del 25 de septiembre de 1997, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Así las cosas, si el artículo 20 de la Ley 30 de 1986 pretende que la importación y venta de drogas y medicamentos que producen dependencia se haga exclusivamente a través del Fondo Rotatorio de Estupefacientes del Ministerio de la Protección Social, y que la adquisición de dichos medicamentos y drogas se haga a través del mismo Fondo, es por que el Legislador no busca otra cosa que prevenir delitos y contravenciones (seguridad); prevenir los desórdenes en general, ya sea que se trate de lugares públicos o privados (tranquilidad); prevenir factores patológicos que pongan en riesgo la vida, la salud o la integridad física de los ciudadanos (salubridad); y prevenir manifestaciones externas de conductas que no se ajusten a los principios mínimos de respeto entre las personas y que en algunos casos se encuentren expresamente prohibidas (moralidad)¹².

El legislador entiende —por las consideraciones anteriores— que la afectación al derecho a la libertad económica en ningún caso es desproporcionado, ya que es una restricción legítima y justificada que encuentra su fundamento constitucional en “el Preámbulo de la Carta, haciendo referencia a los elementos estructurales del orden constitucional, se refiere a la vida, a la convivencia pacífica y a la paz como garantes de un orden político, económico y social justo. Este reconocimiento se reitera en los artículos 1.º, 2.º, 11, 15, 16, 22, 24, 28, 95-6-8 y 189-4 de la Carta Fundamental”, por el mantenimiento de un orden público.

El prohibir la importación, producción y comercialización de productos que generen dependencia a quien los consume es una medida que cumple con ese objetivo del Estado de mantener el orden público que, como se analizó, es legítimo. Medida que, por lo demás, resulta idónea para lograrlo, pues entiende el legislador que la tipificación de esta restricción es el medio menos oneroso frente a la libertad de empresa en busca de este específico propósito —orden público—; además, tal medida permite que el final destinatario de los medicamentos y drogas en cuestión pueda conseguirlos en el mercado con las restricciones pertinentes, sin generar riesgo alguno para la salud.

Ahora bien, para el legislador, el permitirle a la empresa privada la importación, producción y comercialización de estos productos (medicamentos y drogas que producen la necesidad repetida de consumirlos con las consecuencias que ello genera) y de sus precursores (acetona, cloroformo, éter etílico, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, amoníaco, permanganato de potasio, etc.), estos últimos, como es de público conocimiento, utilizados no sólo en la producción de medicamentos y drogas que producen dependencia, sino en el procesamiento de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, no es una decisión que busque prevenir el delito, los

12 Ídem.

desórdenes, los factores patológicos físicos o psicológicos o garantizar la moralidad social. Por el contrario, tal supuesto generaría un impacto social, económico y político, que afectaría el orden público y, con él, la política criminal implantada por el Estado que, entre otras conductas, tipifica como delito el suministro o formulación y aplicación de drogas que produzcan dependencia (art. 379 del C. P) y el tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos (art. 382 del C.P). Es por ello, que la restricción del artículo 20 de Ley 30 de 1986 se hace necesaria en el ejercicio del Estado de cumplir con el deber legítimo consagrado constitucionalmente –orden público–.

El artículo en cita es restrictivo de la libertad de empresa, pero el beneficio social por tal restricción resulta ser mayor por cuanto, en el caso concreto, el peligro o afectación que por la importación, producción y comercialización de los citados productos se genere a la salubridad, tranquilidad, moralidad y seguridad desencadenaría la amenaza o violación no sólo del derecho a la salud, sino de varios derechos fundamentales como la vida, la salud, la paz, etc.¹³. En consecuencia, no se trata del riesgo a un sólo derecho fundamental, sino de la puesta en peligro de varios, todos ellos fundamentales, como lo es la libertad de empresa.

3. La Universidad Externado de Colombia considera exequibles los literales a (parcial) y b del artículo 20 de la Ley 30 de 1986 de acuerdo a las consideraciones anteriormente expuestas.

13 “Es lo que la doctrina constitucional ha denominado derecho fundamental por conexidad; es decir, cuando el desconocimiento de un derecho que no reviste las características de fundamental, se derive amenaza o violación de otro u otros derechos fundamentales”. Corte Constitucional. Sentencia SU- 476, 25 de septiembre de 1997.