

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Maestría en Derecho Penal

(Modalidad investigativa)

Título de la tesis:

**LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN RELACIÓN CON EL DELITO
DE TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES A PARTIR DE
LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL VERBO RECTOR “LLEVAR
CONSIGO”**

Enfoque:

Hermenéutico y Jurisprudencial

Presentado en el marco del componente metodológico dirigido por el Dr. Jairo

Acosta Aristizabal

CARLOS FERNANDO ALVARADO CARVAJAL

Bogotá D.C., Agosto de 2019

**LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN RELACIÓN CON EL DELITO
DE TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES A PARTIR DE
LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL VERBO RECTOR “LLEVAR
CONSIGO”**

Agradecimientos

A la Universidad Santo Tomas y sus profesores quienes hicieron parte de la formación que conllevó a cautivarme por el aprendizaje del arte del Derecho.

A los ilustres abogados penalistas, Jairo Ignacio Acosta Aristizabal y Diego Eugenio Corredor Beltrán, quienes me acompañaron y confiaron en este proceso de trabajo de investigación, otorgándome las herramientas y su conocimiento para llevar a cabo este sueño académico.

Dedicatoria

La presente tesis está dedicada en primer lugar a Dios y a la Virgen, quienes siempre me han acompañado y protegido en todo momento.

A mi padre Diego Alvarado Ortiz, quien ha sido un consejero invaluable y siempre me ha motivado para alcanzar mis objetivos profesionales y académicos.

A mi madre Hellen Carvajal Varón, quien ha sido la persona que me ha dado amor y comprensión incondicional.

A mi abuelita Gladys Varón de Carvajal, quien ha sido una Madre para mí, enseñándome el sentido de la nobleza y amor desinteresado.

A mi abuelito Luis Antonio Alvarado Pantoja, quien es la persona que más admiro y quien guarda una perfecta armonía personal, familiar, profesional y académica.

A mi hermano Diego Mario Alvarado Rocha, quien es mi mejor amigo y siempre ha estado conmigo cuando más lo he necesitado.

A mi novia Ana María Fierro Borrero, quien apareció en mi vida cuando menos lo esperaba y más lo necesitaba, convirtiéndose en la persona que alegra mi corazón y con la que anhelo sea mi acompañante de vida.

A mis mascotas Esperanza, Micaela y Tito, quienes me han enseñado que no son solamente animales sino el significado de amor puro.

A mis familiares y amigos, quienes han sido parte especial y esencial en los distintos momentos de mi vida.

CONTENIDO

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	4
HIPOTESIS	7
1. INTRODUCCIÓN.....	8
1.1. Objetivo General.....	16
1.1.2. Objetivos Específicos	17
1.2. METODOLOGÍA.....	18
CAPÍTULO I	20
HISTORIA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE ESTUPEFACIENTES EN COLOMBIA	20
Introducción.....	20
1.1. Tratamiento Legislativo entre los años 1900 a 1950	21
1.1.1. El delito de tráfico y fabricación de sustancias narcóticas en el Código Penal de 1936	25
1.1.2 El primer estatuto antidrogas de 1947	28
1.2. Tratamiento Legislativo entre los años 1950 a 2000	29
1.2.1. Segundo estatuto antiestupefacientes de 1974.....	33
1.2.2. Estatuto de Drogas Ley 30 de 1986	35
1.3. Código Penal del 2000	38
1.4. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el “porte” de sustancias psicoactivas a partir de la constitución de 1991	41
1.4.1. Sentencia C-221 de 1994.....	42
1.4.2. Sentencia C-689 de 2002.....	45
1.4.3. Sentencia C-101 de 2004.....	49
1.4.4. Sentencia C-879 de 2008.....	51
1.4.5. Sentencia C-574 de 2011.....	52
1.4.6. Sentencia C-491 de 2012.....	54
1.5. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el “porte” de sustancias psicoactivas a partir de la constitución de 1991	57
1.5.1. Sentencia SP55919/2014.....	57
1.5.2. Sentencia SP 2940/2016.....	65

1.5.3. Sentencia SP -9916/2017.....	68
1.5.4. Sentencia SP 497/2018.....	73
1.5.5. Sentencia SP 025/2019.....	77
CAPITULO II	82
ELEMENTOS DEL TIPO PENAL PORTE DE ESTUPEFACIENTES Y AFECTACION AL BIEN JURIDICO DE LA SALUD PÚBLICA	82
Introducción.....	82
2.1 Elementos estructurales del tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes siendo el verbo rector “llevar consigo”	87
2.1.1. Los sujetos	89
2.1.2. La conducta.....	92
2.1.3. El objeto	93
2.1.4. Ingredientes Especiales del Tipo.....	94
2.1.5. El porte de estupefacientes como un delito de peligro abstracto	96
2.2. Estructura del delito: Tráfico, Porte o Fabricación de Estupefacientes.....	97
2.2.1. Análisis del delito en el esquema clásico o metodología causal	103
2.3. Concepto del bien jurídico de la Salud Pública en el delito de Tráfico, Fabricación y Porte de Estupefacientes	105
2.4. Carácter fragmentario, subsidiario y de última ratio del Derecho Penal frente al Delito de Tráfico, Fabricación y Porte de Estupefacientes	108
2.5. La Antijuridicidad Material frente a las conductas cometidas por consumidores de sustancias estupefacientes	113
CAPITULO 3	116
MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD PARA LA VARIABLE “LLEVAR CONSIGO” DENTRO DEL DELITO DE TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES	116
Introducción.....	116
3.1. Tratamiento Legal para medidas preventivas y ejecución de pena frente al delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes	117
3.1.1. Etapa de ejecución de penas	125
3.2. Función de la Pena frente a consumidores de sustancias estupefacientes.	126

3.3. Opciones del Juez frente a medidas restrictivas de la Libertad a eventuales condenas de consumidores dentro del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.....	129
CAPITULO IV	135
LOS TRIBUNALES DE TRATAMIENTO DE DROGAS COMO ALTERNATIVA DIVERGENTE A LA PENALIZACIÓN DE LA CONDUCTA DESPLEGADA POR CONSUMIDORES DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES BAJO LA VARIABLE “LLEVAR CONSIGO”	135
Introducción.....	135
4.1. Origen y finalidades de los Tribunales de Tratamiento de Drogas	135
4.2. Conformación de los Tribunales de Tratamientos de Drogas.....	136
4.3. Procedimiento para los Tribunales de Tratamientos de Drogas.....	138
4.4. Sanciones dentro de los Tribunales de Tratamientos de Drogas	141
4.5. Plan Piloto de Tribunales de Tratamientos de Drogas en Colombia	143
4.6. Aspectos procesales y normativos para el Programa de Seguimiento Judicial al Tratamiento de Drogas en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes	146
4.6.1. Etapa preliminar	147
4.6.2. Etapa de conocimiento y etapa de la Ejecución de la sanción	148
V CONCLUSIONES	151
BIBLIOGRAFÍA	157

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tipificado por la ley 30 de 1986, dispone que cuando el infractor se halla en la situación fáctica que cobija el verbo rector “*llevar consigo*” y la cantidad de sustancias restringidas sobrepase la dosis personal permitida, este puede ser capturado y encausado. Según cifras oficiales, en todo el país hasta el año 2014 fueron capturadas cerca de 87 mil personas por delitos relacionados con porte de drogas. De esas personas, el 93% portaban cantidades que superaban las dosis mínimas permitidas por la norma, principalmente marihuana. De manera adicional, para el mes de mayo de 2015 había en Colombia 24.113 personas reclusas en establecimientos penitenciarios incurso en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, siendo este, el cuarto delito de mayor impacto en el país, detrás de homicidio, hurto y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.¹ La situación se hace mucho más grave, un estudio sobre consumo de drogas hecho por la Secretaría Distrital de Salud y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) muestra como la sustancia ilegal que más se consume en la ciudad es la marihuana, esta, se ubica en más del 50% en el grupo etario comprendido entre los 14 a los 35 años y los mismos pertenecen en su gran mayoría a los estratos 1,2 y 3.²

¹ Datos reportados por el portal Pacifista con base en cifras de la Policía Nacional. El artículo completo puede verse en: <https://pacifista.tv/notas/cuales-son-las-penas-por-portar-droga-en-colombia/>

² Secretaría Distrital de Salud. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Organización de Estados Americanos – OEA. “*Estudio de consumo de sustancias psicoactivas en Bogotá D.C. 2016*”. Bogotá D.C. Alcaldía Mayor. 2016.

Los jueces de conocimiento tienen opciones limitadas a la hora de desarrollar el ejercicio de sus funciones cuando consideran que la conducta efectivamente resulta típica, antijurídica y culpable, en los casos de personas portadoras de sustancias estupefacientes, que han sido procesadas luego de ser aprehendidas con cantidades que superan la dosis personal permitida. La problemática reside en el hecho de determinar si tal conducta resulta típicamente antijurídica y por su conducto si existe efectiva e inequívocamente una lesión o se pone en riesgo el bien jurídico de la Salud Pública. Razón por la que la reacción punible del sistema judicial debiera ser proporcional y adecuada según lo establecen los mandatos constitucionales superiores de garantía material y procesal que tienen los indiciados.

En virtud de ello, y salvo la muy poco usual aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, los operadores judiciales no se apartan de lo dispuesto en la ley penal ordinaria, ley 1709 del 2014, que dispone que por la naturaleza del delito solo cabe la imposición de penas en establecimiento carcelario. No obstante, y dada la vaguedad de la conducta que cometen aquellos ciudadanos que llevan consigo cantidades que exceden las permitidas por la ley, puesto que, en tales casos, difícilmente puede asumirse de forma clara e indiscutible que dicha conducta afecta o pone en riesgo la Salud Pública. Por lo anterior, el operador Judicial debería dar prevalencia a los derechos fundamentales de los indiciados, derechos constitucionales y jurisprudencialmente protegidos, como el libre desarrollo a la personalidad y la autonomía individual, bajo el examen de un riguroso juicio de

ponderación a fin de establecer si existe necesidad y proporcionalidad de la pena u otra sanción alternativa.

Sin embargo, en la cotidianidad de su oficio, los jueces, parecen no tener alternativa distinta que el encausamiento judicial, ello incluso, luego de que tanto, la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de justicia hayan reiterado de insistentemente en su jurisprudencia que esta conducta es atípica y se haya demostrado que, salvo la comercialización o distribución de estas sustancias, la conducta referida de ninguna manera pone en riesgo el bien jurídico tutelado de la salud pública. Lo cual resulta de suyo problemático, puesto que se configuraría una situación de inseguridad jurídica al dejar en el criterio subjetivo del operador judicial, el determinar que las cantidades excedentes de la dosis mínima no son para el consumo habitual de quien las porta, es decir quienes las llevan consigo.

HIPOTESIS

La forma en que el sistema jurídico colombiano trata a los ciudadanos que son capturados y encausados por portar sustancias estupefacientes, cuando estos, son consumidores habituales de las mismas, es por definición punitiva y restrictiva. Esta visión resulta inadecuada y desproporcional para dar respuesta a esta problemática, puesto que la jurisprudencia emanada por las altas cortes, basada en la defensa de la libertad individual y los derechos humanos, tanto, constitucional como suprema de justicia, es la de desarrollar tratamientos por vías alternativas que contemplen además una justicia terapéutica diferente al internamiento en establecimientos carcelarios o medidas privativas de la libertad, lo que se ha demostrado no resuelve este serio problema.

1. INTRODUCCIÓN

El presidente de la República de Colombia, Iván Duque Márquez, promulgó el decreto 1844 del 1 de octubre de 2018 que reglamenta el Código Nacional de Policía, ley 1801 del 26 de julio de 2016, para permitirle a las autoridades incautar cualquier cantidad de sustancias estupefacientes a quien las lleve consigo o las consuma en el espacio público.

Esta disposición desarrolla las medidas de lucha contra el consumo de drogas ilícitas previstas en el código de policía por medio de la adopción de facultades sancionatorias en cabeza de las autoridades para ejercer una política de restricción al consumo a través de la incautación y destrucción de los estupefacientes, inclusive cuando el portador lleve la dosis mínima que han reconocido como derecho tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia. No obstante, diversos grupos de ciudadanos, profesores universitarios y organizaciones que defienden la libertad de elección, demandaron la norma comentada.

El pasado 3 de mayo la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 33 y 140 del Código de Policía. En su comunicado de prensa el alto tribunal reitera lo expuesto por su numerosa jurisprudencia en el sentido de defender el libre desarrollo de la personalidad como un derecho de carácter superior e inalienable, Para la corte, no resulta coherente señalar que el consumo de licor o de estupefacientes en el espacio público tenga la posibilidad de afectar la convivencia,

poner en riesgo la seguridad, afectar el espacio público y mucho menos afectar la Salud Pública.³

En Colombia, la expedición de la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes), modificó el tratamiento jurídico que se daba a los individuos que padecieran adiciones a sustancias estupefacientes, lo que trajo como consecuencia, que luego de la entrada en vigor de la norma, cualquier persona que portara cantidades inferiores a la dosis mínima, era considerado por el Estado y sus instituciones penales, como un infractor, contrario al estatuto precedente que les atribuía responsabilidad penal. Esta disposición reafirmaba los ejes centrales de la política antidrogas que desarrolló el Estado colombiano. Dicha política pública, ha estado marcada por un fuerte tono restrictivo, punitivista y prohibicionista, tono que es, en términos generales, consecuencia de que el país se haya adherido de forma completa a la política de esfuerzos internacionales dirigidos por la política exterior norteamericana, de combatir el tráfico de drogas en el mundo, atacando esencialmente la oferta de estupefacientes y dejando en un segundo plano a la inmensa demanda generada en el mundo desarrollado.

A sí mismo, la ley 30 de 1986 empezaría a otorgar un tratamiento distinto al que promulgaba la ley 57 de 1973 o primer estatuto de estupefacientes, a las personas que portaran “*la dosis personal*” y ordenaba la verificación de una situación médico-jurídica en la que se daba la oportunidad al infractor, en caso de que se demostrare

³ Corte Constitucional de Colombia. Comunicado de prensa 13 de mayo de 2019.

su dependencia a los narcóticos, de recuperarse por medio de un tratamiento terapéutico; además, la ley facultaba a las autoridades para adoptar medidas de arresto y multas, adicionalmente podía sancionar con el internamiento de centros de rehabilitación como respuesta estatal frente a la comisión de dichas conductas.⁴

No obstante, la Corte Constitucional en sentencia C-221 de 1994, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz,⁵ declaró inexecutable los artículos que disponían sanciones de arresto y multas para las personas que llevaran consigo sustancias estupefacientes inferiores a las cantidades legalmente permitidas, por cuanto estas disposiciones eran abiertamente violatorias de derechos fundamentales tales como el ya referido libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del individuo.

Historiadores contemporáneos como el profesor Camacho Guizado de la Universidad del Valle, atribuyen entre otras muchas causas que motivaron la expedición de la Ley 30 de 1986, a una en particular, esta era, el inusitado incremento de la criminalidad como consecuencia de la acción de los carteles del narcotráfico, que buscaban desafiar al poder del Estado para consolidar su negocio ilegal y para consolidar sus intereses económicos personales.⁶ A su vez, el hallazgo del 10 de abril de 1982 de una gran cantidad de estupefacientes de propiedad de la guerrilla en las selvas del Guaviare daría inicio al concepto de “*narcoguerrilla*”, así como, el asesinato del Ministro de justicia Rodrigo Lara Bonilla el 30 de abril de

⁴ Al respecto, véase: Congreso de la Republica de Colombia. Ley 30 de 1986 y Ley 57 de 1973.

⁵ Gaviria Díaz, Carlos. (2010). Herejías Constitucionales. Bogotá. Legis Uniandes 2010. Pág. 102.

⁶ CAMACHO GUIZADO, Álvaro. (1988). Droga y Sociedad en Colombia: El poder y el estigma. Cali, Universidad del Valle, 1988. Pág. 92.

1984, fueron todas, circunstancias que determinaron en el interior del Estado una política criminal dirigida al endurecimiento de las penas para los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, inclusive para las personas que portaran la dosis mínima permitida.

La tendencia actual frente a la penalización de la dosis mínima de sustancias estupefacientes se encuentra acorde con la línea que ha venido manejando la Corte Constitucional; de allí, cabe resaltar la sentencia C-574 de 2011, que dispone que, inclusive, cuando una persona es capturada con una cantidad que sobrepase la dosis mínima, no debe ser penalizada puesto que la misma se considera como dosis de aprovisionamiento siempre y cuando el propósito no sea para la venta o distribución. Al respecto la comisión asesora para políticas en Colombia ha dispuesto que: *“entonces, puede ser caracterizada como una etapa de regreso a la despenalización, y tiene como tendencia básica un mayor énfasis en las medidas preventivas y terapéuticas. Esta se ve reforzada por la aprobación de la Ley 1566 de 2012 con la cual “se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas”⁷, y es en virtud de lo anterior de donde se puede inferir que actualmente el ejecutivo se encaminó en la dirección de una política criminal y pública dirigida a la despenalización de este tipo de conductas. No obstante, los últimos gobiernos, se han mostrado erráticos, por cuanto el decreto que declaró inexecutable la Corte Constitucional determinaba*

⁷ Colombia, Comisión para política de drogas en Colombia. (2013). “Lineamientos para una política pública frente al consumo de drogas”. Bogotá. Mayo de 2013. Pág. 12.

sanciones de tipo administrativo frente a personas que lleven consigo la dosis mínima.

Este trabajo pretende, en primer lugar desarrollar una aproximación conceptual de la naturaleza y alcance del bien jurídico que tiene la salud pública frente a los infractores del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, disposiciones consagradas en título XIII y artículo 376 del código penal, respectivamente, para lo cual como punto de partida resulta ineludible aproximarnos a una definición de bien jurídico, independiente de la discusión dogmática existente al respecto como: *“realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo o para el funcionamiento estatal erigido para la consecución de tal fin”*.⁸

Para desarrollar lo anterior, se debe señalar que la salud pública en su titularidad va dirigida a la protección de derechos colectivos, como desarrollo, del artículo 49 de la constitución nacional y en razón de ello se trata de intereses difusos e indivisibles *“Cuando sea conceptual, fáctica o jurídicamente imposible dividir tal bien en partes y atribuirles de forma individual en tanto porciones”*⁹, situaciones que nos permiten afirmar que el ámbito de protección de dicho bien jurídico, se encuentra orientado al amparo de un conglomerado en general.

⁸ ROXIN, CLAUS. (2008). *Fundamentos Político-criminales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

⁹ HEFENDEHL, ROLAND. (2003). *La Protección Penal De Los Bienes Colectivos en la sociedad moderna*. Comares, 2003, Pág. 199.

Por ello, la corte suprema de justicia dispuso qué cuando la conducta desplegada por el sujeto activo de la acción señalada en el artículo 376 del código penal, si la sustancia estupefaciente encontrada a la persona en cantidades que se encuentre dentro de la dosis personal señalada en el artículo 2 de la Ley 30 de 1986 o que sobrepasen dicha cantidad, para que exista una verdadera afectación de ese bien jurídico, debe encontrarse dirigida a la distribución o venta de dicha sustancia, circunstancias que nos permiten inferir razonablemente que el amparo de ese bien jurídico se encuentra orientado a la protección de transgresiones que afecten verdaderamente a la comunidad.¹⁰

De la misma forma, resulta pertinente señalar que el derecho penal tiene un carácter fragmentario, esto quiere decir que sirve como instrumento para limitar los ataques más violentos contra los bienes jurídicos establecidos penalmente, lo que nos permite indicar que no todas las conductas desplegadas por la persona en contra de un bien jurídico son de interés para el derecho penal, sino solo las que representen un especial grado de peligrosidad frente al bien jurídico que se intenta proteger. Por esta razón, solo podrán ser consideradas como conductas delictivas las que pongan en peligro o lesionen los bienes Jurídicos, al respecto el profesor alemán Claus Roxin afirma que: *“la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado”*.¹¹

Tales situaciones conducen a formular la pregunta de si la acción desplegada por

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. SP 55919 de 2014.

¹¹ ROXIN, CLAUD. (1997). Derecho Penal, parte General - fundamentos, la estructura de la teoría del delito, 2ª. Edición, tomo I , Madrid, Ed. Civitas, 1997, Pág. 320.

los consumidores de sustancias estupefacientes resulta de gran trascendencia o reviste un especial grado de peligrosidad frente al bien jurídico tutelado de la salud pública.

De igual manera, se debe estudiar el concepto de antijuricidad material en relación con el bien jurídico tutelado de la salud pública, para lo cual es preciso analizar el contenido del artículo 11 de la ley 599 del 2000 que dispone que para que una conducta típica sea punible se requiere que *“lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal,”*¹² lo anterior, quiere decir que no basta la transgresión al aspecto formal de la norma penal sino que de manera efectiva se ponga en peligro o se lesione el bien jurídico tutelado, al respecto, la doctrina ha señalado *“No creemos que en plano dogmático se pueda hablar de una antijuricidad “material” opuesta a la “formal”: la antijuricidad es una, material porque implica invariablemente la afirmación de que se ha afectado un bien jurídico, formal en cuanto a que su fundamento no pueda hallarse fuera del orden jurídico”*.¹³

Resulta entonces necesario analizar a partir del concepto de antijuricidad material, en el sentido que si una persona es encontrada con sustancias estupefacientes portando una dosis mínima o cuando se sobrepasa ese tope, efectivamente, vulnera o lesiona el bien jurídico de la salud pública. Uno de los inconvenientes que surge

¹² Ley 599 del 2000. Código Penal. Ver artículo. 11.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1985). “Manual de Derecho Penal. Parte general”, EDIAR, Buenos Aires, 4 edición, 1985.

en este análisis, parte, de las modificaciones realizadas en el código penal por la ley 1709 de 2014,¹⁴ esto, en lo que refiere a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la concesión de prisión domiciliaria frente delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones donde naturalmente estaría el porte de estupefacientes. Lo que llevaría al Juez, al aplicar la ley penal ordinaria, a emitir condenas con imposición de penas exclusivamente en establecimiento carcelario sin que haya un tratamiento legislativo especial frente a las personas que sean consumidoras o personas que hayan sido capturadas en cantidades no desmesuradas y dentro del verbo rector llevar consigo.

De otra parte y frente a las funciones que debe cumplir la pena, aunque se trata de un tema que ha tenido una gran discusión dogmática teniendo que han surgido diferentes teorías entorno a ello,¹⁵ es preciso decir, que el artículo 4 de la ley 599 de 2000 dispone que la pena debe cumplir funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado,¹⁶ si se cumple con esos criterios preventivos o si existe una retribución justa.

Por último y como protesta para superar esta situación, se busca definir una propuesta alternativa de reinserción social, para las personas que son encausadas

¹⁴ Véase Artículo 32 de la Ley 1709 del 2014.

¹⁵ ROXIN, Claus. (2006) Derecho Penal Parte General Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Thompson – Civitas. Madrid, 2006.

¹⁶ COTE, Gustavo. (2007) “La Necesidad de la Pena – Reflexiones a partir de los Artículos 3 y 4 del Código Penal” publicado en: Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas N. 114, Bogotá, 2007, Pág. 191-225

por portar cantidades que superen de manera leve la dosis personal cuando el verbo rector del tipo penal sea “*llevar consigo*” o por contrario, merecen otra forma de respuesta del Estado como las medidas terapéuticas o similares. Esto porque, resulta claro que simplemente para este tipo de infractores, no se cumplen los fines de la pena establecidos en la legislación colombiana,¹⁷ sino que, el sistema judicial actual no aboga por que estas personas merezcan un tratamiento bajo una política de rehabilitación y prevención en concordancia con lo dispuesto en la ley 1566 del 31 de julio del 2012 donde se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas.¹⁸ En un Estado Democrático no pueden imponerse penas que resulten desproporcionadas o inútiles desde el punto de vista de utilidad social y por lo tanto da lugar a sanciones para los consumidores como el internamiento en centros de rehabilitación en aplicación de la ley 1566 del 2012 y sentencia C-491 de fecha 28 de junio del 2012 con ponencia del Magistrado Luís Ernesto Vargas Silva.

1.1. Objetivo General

El propósito central de este trabajo es el de realizar un análisis sobre la evolución normativa y jurisprudencial del delito de: tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en el marco de la Expedición de la Ley 30 de 1986, para con ello, dar cuenta de los alcances que la doctrina y la jurisprudencia emanada por los diferentes operadores judiciales, más concretamente la Corte Suprema de Justicia

¹⁷ LESCH, Heiko. (1999). La función de la Pena, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

¹⁸ Véase Ley 1566 del 31 de julio del 2012.

y Corte Constitucional le han otorgado al mismo, en especial, cuando el infractor se halla en la situación fáctica que cobija el verbo rector “llevar consigo” y la cantidad de sustancias restringidas sobrepasa la dosis personal permitida. Esto con el fin de verificar si la ocurrencia de tal conducta resulta antijurídica y de igual manera examinar si existe de manera efectiva una lesión o puesta en peligro del bien jurídico de la Salud Pública, y por tanto, la reacción punible del Estado resulta proporcional y adecuada de conformidad con los mandatos constitucionales de garantía material y procesal de los indiciados.

1.1.2. Objetivos Específicos

a. Desarrollar una explicación histórico - jurídica del proceso de cultivo, tráfico y comercialización de estupefacientes en Colombia junto con la incidencia de este en la expedición de normas que conllevaron al endurecimiento de penas en el marco de la lucha antidrogas de las últimas dos décadas, a partir de una revisión general de la bibliografía más relevante en la materia.

b. Analizar la naturaleza teórica de la conducta antijurídica de: tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, haciendo énfasis en la orientación epistemológica de su verbo rector “llevar consigo” con el fin de determinar si los supuestos insertos en el juicio de razonabilidad de principios constitucionales sobre la Libertad y Libre Desarrollo de la Personalidad, entran en tensión con el bien jurídico de Salud Pública con la capacidad punitiva del Estado.

c. Realizar un estudio sobre la procedencia de medidas restrictivas de la Libertad en establecimiento carcelario para el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes en la etapa de ejecución de la pena o aplicación de otras medidas jurídicas o terapéuticas a partir de una ponderación de los Principios por parte de los Jueces frente a la aplicación de la Ley Penal Ordinaria y las normas constitucionales, frente a consumidores.

1.2. METODOLOGÍA

La estrategia metodológica que empleará este trabajo se dividirá en dos partes; de un lado se utilizará un método de análisis de forma investigativa básica, es decir aquella investigación que se dedica al examen atinente a las normas jurídicas, cuyo objeto de conocimiento es la norma jurídica, la doctrina y la jurisprudencia; esta forma de investigación se dedica a examinar las problemáticas de la norma sustantiva y procesal y las distintas relaciones establecidas entre ellas¹⁹.

En segundo término y referido al tipo de investigación es posible aseverar que esta investigación tomará como referente, el tipo denominado como investigación correlacional, es decir el tipo de investigación que integra la respuesta a una pregunta genérica que ubica en contexto general de la investigación, tratando de relacionar y responder a dos tesis o premisas consideradas en su particularidad como variables. En cuanto al método que empleará la investigación, esta optará por

¹⁹ JARAMILLO. L. J. (1995). "*Ciencia y Tecnología y Desarrollo*". Bogotá ICFES, Icesi, Serie. Aprender a Investigar. Módulo 1. 1995. 1.3.2. Investigación Básica. 1.3.3. La investigación aplicada.

el empleo del denominado método teórico, de inducción y deducción; la inducción como método investigativo, es una vía de estudio, que parte de los hechos singulares y pasa a proposiciones generales para llegar al conocimiento en términos genéricos.

La inducción y la deducción son herramientas metodológicas inseparables, entre sí, y ambas constituyen momentos diferenciados del conocimiento jurídico–científico. De conformidad con lo dicho anteriormente, y para tratar de corroborar las tesis metodológicas esbozadas antes, la metodología utilizada en la elaboración específica de este proyecto será esencialmente el análisis de casos, que se centrará en el análisis de los argumentos y justificaciones teóricas de la tensión subsistente entre la naturaleza de la acción punitiva del Estado en relación con la lucha antidrogas y el bien jurídico de la Salud Pública que se vería afectado eventualmente por la restricción de la primera.

CAPÍTULO I

HISTORIA LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE ESTUPEFACIENTES EN COLOMBIA

Introducción

El presente capítulo tiene como finalidad establecer el diferente tratamiento Legal adoptado por nuestra Legislación en los siglos XX y XXI en materia de estupefacientes, haciendo especial énfasis en lo concerniente al verbo rector “llevar consigo” o “portar”, dentro de los cuales cabe indicar desde ya, tal y como lo señala la doctrina en Colombia, que dichas disposiciones no fueron como consecuencia de una realidad social, económica o política sino que las mismas obedecieron a políticas criminales o intereses expansionistas de otros estados en especial del Norteamericano²⁰; así mismo la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional como máximos órganos Jurisdiccionales frente a este tema a partir de la expedición del Código Penal actual mediante la Ley 599 del 2000.

²⁰ VELÁSQUEZ. Fernando. (1989). *Drogas problemática actual en España y América*. Bogotá: TEMIS.

1.1. Tratamiento Legislativo entre los años 1900 a 1950

La primera Ley en Colombia que hace referencia al tema de estupefacientes se expide en el mes de septiembre del año de 1920, referente a “Ley sobre importación y venta de drogas que forman un hábito pernicioso”²¹, como punto relevante cabe anotar que en el artículo primero se prohibía expresamente la “...Cocaína o sus sales, encaína, alfa o beta..., opio concentrado, bálsamo anodino, etc,... codeína y morfina o las sales de estas o sus derivados, heroína, belladona, atropina o sus sales, cannabis... las demás sustancias de esta misma clase...”, así mismo, el artículo 7 de esta normatividad indicaba que la transgresión de ese supuesto de hecho tendría como castigo o consecuencia jurídica multas de carácter pecuniario o el cierre del establecimiento dedicados a esta actividad, de lo anterior se observa que la primigenia normatividad de nuestro país en tema de drogas o estupefacientes, no sancionaba al portador de la misma sino que simplemente se circunscribía al verbo rector de venta.

Ahora bien, cabe preguntarse si la anterior norma se ajustaba a un tema de política criminal de Estado o de una mera adhesión como comúnmente ocurre con nuestras leyes frente a normas internacionales, un implante normativo?; para resolver este interrogante, solo basta con revisar la Convención Internacional del Opio suscrita en la Haya en 1912²², instrumento en el que como principales signatarios figuran

²¹ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 11 del 13 de septiembre 1920 “Ley sobre importación y venta de drogas que formen un hábito pernicioso”.

²² Convenio Internacional del Opio dado en la Haya, el 23 de enero de 1912.

Alemania, China, Francia, Gran Bretaña y por supuesto los Estados Unidos de Norteamérica, observándose que dicha convención define que las sustancias estupefacientes restringidas son: opio, cocaína y morfina, y se dispone a las potencias contratantes para que dicten leyes y reglamentos para prohibir el comercio interior de este tipo de sustancias, de igual manera, dispone adoptar medidas para prevenir la importación y exportación de las mismas. El Artículo 22 de este instrumento internacional hace la invitación a varios países, entre ellos Colombia, a que se suscriban el tratado y hagan parte formal del mismo.

Conforme a lo anterior, se infiere que la primer Ley expedida por Colombia sobre el tema de estupefacientes no se encuentra ajustado a un problema de política criminal para ese momento sino que pareciera que surge como consecuencia de Tratados Internacionales suscritos por parte de varias potencias Mundiales entre ellas los Estados Unidos a quienes les interesaba la creación de leyes sobre importación y exportación de este tipo de sustancias, y al realizarse la invitación a Colombia para que hiciera parte del mismo es altamente probable que obedeciera a que nuestro país fuese visto como un productor; nótese que tanto en las normas nacionales e internacionales no se sancionaba el portar o llevar consigo sustancias estupefacientes, sino que las políticas iban dirigidas a restringir y sancionar la venta, fabricación, producción, importación de este tipo de actividades.

Así las cosas, no pasaron muchos años para la creación de un nuevo tratado Internacional sobre este tema. Este fue suscrito en Ginebra en 1925²³, donde nuevamente se comprometió a los estados firmantes a desarrollar leyes y reglamentos dirigidos a reprimir las conductas que condujesen a la fabricación, importación, venta, distribución y exportación de drogas como el opio, cocaína, morfina y cualquier sustancia estupefaciente, conforme con el artículo 10 de dicho tratado.

Colombia, con el fin ajustarse a los criterios internacionales que se estaban adoptando para ese momento, introdujo cambios en la legislación interna y creó la ley 118 de 1928²⁴. Según su artículo 5º, las personas que ejercieran comercio ilegal sobre sustancias estupefacientes podrían ser objeto de penas de prisión entre uno a seis meses, multa, o suspensión del ejercicio de la profesión. Sin embargo, no puede pasarse por alto, que el artículo 6º. de esta nueva disposición legal señalaba que “Los que hicieren personalmente uso indebido” de las drogas referenciadas en la ley 11 de 1920, podrían ser reclusos en casa de salud, hospital o en algún otro asilo durante el tiempo que señalara la autoridad sanitaria.

Es la ley 118 de 1928 la primera norma en Colombia en la que se sancionaba a los consumidores de sustancias estupefacientes, por cuanto además de la fabricación,

²³ Convención Internacional sobre restricción en el tráfico del Opio, Morfina y Cocaína, 19 de febrero de 1925.

²⁴ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 118 de fecha 22 de noviembre de 1928. “Por la cual se adiciona la Ley 11 de 1920, sobre importación y venta de drogas que formen hábito pernicioso, y se dictan otras disposiciones relativas al servicio de higiene”.

venta, producción, importación, exportación, entre otros verbos rectores, disponía que el hacer uso indebido de sustancias estupefacientes contemplaba la imposición de medidas de seguridad como el internamiento en casas de salud u hospitales. En la práctica se trataba de la imposición de una medida que afectaba la libertad, y sumado a ello, la ley disponía frente a los sujetos que realizaran un comercio ilegal, penas de prisión y de otras sanciones accesorias.

La ley 118 de 1928 fue reglamentada mediante el decreto 1377 de 1930²⁵, en el qué además de reiterar la negativa de “introducir” al país sustancias como la cocaína, opio, morfina, cáñamo, por primera vez, expresamente prohibió la “importación” y venta de cualquier forma de preparación de la marihuana tal y como se puede observar en el inciso 2º. en su artículo 1º. Estas disposiciones legislativas, además de ampliar las distintas formas o verbos rectores en los cuales el sujeto activo podría infringir las disposiciones allí contenidas, ya había incorporado de manera progresiva otras sustancias estupefacientes como es caso del cannabis.

Para 1933 se expide la Ley número 18²⁶, ley aprobatoria de tratado internacional, en la que el Estado colombiano adhiere a lo dispuesto por la convención de Ginebra del 13 de julio de 1931 sobre la reglamentación de narcóticos y se unifica lo contenido en las convenciones de la Haya en 1912 y Ginebra de 1925; esta norma

²⁵ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto número 1377 de 30 de agosto de 1930 “Por el cual se reglamenta la Ley 118 de 1928”.

²⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 18 de del 23 de octubre de 1933 “Por la cual se autoriza al Gobierno para adherir a la convención sobre limitación de la manufactura y reglamentación de la distribución de narcóticos”.

interna transcribe lo dispuesto en estos tratados, lo que nos permite indicar que la reglamentación en materia de narcóticos existente en nuestro país no ha obedecido a una política criminal acorde con las necesidades locales sino más bien para estar en armonía con la comunidad internacional.

1.1.1. El delito de tráfico y fabricación de sustancias narcóticas en el Código Penal de 1936

El siguiente desarrollo normativo se plasmó en el código penal de 1936²⁷, en cuyo capítulo II señalaba los delitos contra la salubridad pública y el Artículo 271 se expresaba de la siguiente manera “...*Al que de un modo clandestino o fraudulento elabore, distribuya, venda o suministre, aun cuando sea gratuitamente, sustancias narcóticas, o las mantenga en su poder con los mismos fines, se le impondrá prisión de seis meses a cinco años y multa de cincuenta a mil pesos...*”, Así mismo, el inciso 2º. de esta norma indicaba como circunstancia de agravación punitiva, la siguiente : “...*La sanción se aumentará hasta en una tercera parte, si tales sustancias se suministran o venden a menores de edad o a personas que se han dedicado al uso de ellas...*”, al respecto resulta pertinente señalar que frente al estatuto represor penal solo eran sancionables el tráfico y fabricación de sustancias estupefacientes, bajo el entendido que los verbos rectores dispuestos en la norma, solamente se limitaban al de elaboración, distribución, venta o suministro, o mantener bajo su poder bajo los anteriores fines, y en este último evento si la

²⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 95 del 24 de abril de 1936 “Sobre Código Penal”

persona era encontrada en poder con narcóticos tendría que necesariamente demostrarse un ingrediente subjetivo referente a la fabricación o venta, sin que hiciera alusión al verbo rector de portar, llevar, usar u otro semejante que nos permitiera indicar que se estuviera reprimiendo desde el punto de vista penal al consumidor; no obstante, dentro de este estatuto punitivo en el artículo 29 se indicaba que si una persona al cometer un hecho constitutivo de un delito se encontraba en estado de intoxicación producida por el alcohol o por cualquier otro tipo de sustancia, se aplicarían las sanciones fijadas en el Capítulo II del título II de ese código.

Al remitirse a esas disposiciones, se observa que se trataban de medidas de seguridad que para el caso de los intoxicados era aplicable la dispuesta en el artículo 67 que en su literal expresaba “...*La libertad vigilada consiste: a) Para los enfermos de la mente o intoxicados, en confiarlos al cuidado de su familia o en internarlos en una casa de salud, hospital o manicomio común, bajo la inspección del Consejo de Patronato y por un tiempo no inferior a dos años...*”. De lo anterior, se puede concluir que para el Código Penal de 1936 la norma que sancionaba las actividades relacionadas con drogas, el bien jurídico a tutelar era el de la salubridad pública, un sujeto activo indeterminado, puesto que podía ser cometido por cualquier persona, se trataba de un tipo penal compuesto porque se hablaba de distintas formas o verbos rectores en que se podía cometer la conducta punible, una consecuencia jurídica con pena de prisión y una circunstancia de agravación punitiva referente a la venta o distribución a los menores de edad o personas que se dedicaban al uso de estas sustancias, lo cual nos permite señalar que dicho

código no consagraba un verbo rector que reprimiera la conducta del consumidor al ser encontrado con sustancia estupefaciente, sino, que eran sancionados como sujetos activos los que de alguna u otra forma se beneficiaran con este tipo de conductas.

Por último es menester concluir, que se trataba de un tipo penal en blanco ya que la definición de “sustancias narcóticas” se encontraban contenidas en diferentes leyes y tratados nacionales, no obstante, no se cuantificaba la sanción, razón por la cual podría ser desproporcionado el tratamiento que se le otorgara a una persona, por ejemplo, en la situación en la que se encontrara distribuyendo una cantidad pequeña, a otra que fuera sorprendido con cantidades alarmantes. Ello porque para la ley penal y otras normas vigentes para ese momento, daba el mismo tratamiento con la misma gravedad. Hasta ese entonces, nos encontrábamos frente a una política criminal propia de un país productor más que consumidor.

Con posterioridad al código penal de 1936 se expide la ley 12 de 1943²⁸, la cual subrogaba dos de los artículos que en materia de narcóticos el estatuto penal vigente para ese momento consagraba. Ello en el sentido de darle mayor amplitud a estas normas y de esta manera sancionar conductas referentes al cultivo y uso de plantaciones destinadas a la producción de este tipo de sustancias, así mismo, se reprimía a las personas que destinaran su casa, local o establecimiento para el uso

²⁸ CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 45 de 18 de diciembre de 1946 “Por la cual se subrogan algunas disposiciones de los Códigos Penal y Procedimiento Penal y se adicionan otras de la Ley 167 de 1941.

o permitieran en ellas, esta actividad, con penas de prisión que oscilaban entre seis meses a cinco años, así como, la clausura de estos establecimientos.

1.1.2 El primer estatuto antidrogas de 1947

Desde el punto de vista político, el poder ejecutivo a partir del año de 1946 tal y como lo anota el profesor Fernando Velásquez²⁹, muestra una mayor preocupación frente a la política de estado con referencia a las drogas y es por primera vez que se expide un estatuto antidrogas mediante el decreto 0896 de 1947³⁰, mediante el cual, se prohibió el pago de salarios en especie con la finalidad de que no se diera como contraprestación, en el cumplimiento de labores, darles a los trabajadores bebidas alcohólicas, coca y marihuana, sancionando a los que realizaran este tipo de conductas con penas de arresto y multa; de igual manera, la prohibición de cultivos y distribución y venta de coca y marihuana, lo cual según el profesor Velásquez, generó diversas protestas entre los cultivadores. El artículo 5º. del código, presumía la responsabilidad penal de las personas que “tuvieran en su poder” estupefacientes, y así serían sometidas a sanciones previstas en la Ley 45 de 1946³¹, las cuales consistían en penas de prisión que oscilaban entre seis meses a cinco años.

²⁹ VELÁSQUEZ., Fernando. (1989). *Drogas problemática actual en España y América*. Bogotá: Temis, Pág. 6 “A partir de 1946, por el presidente Ospina Pérez, quien emprendió una lucha frontal contra la droga”.

³⁰ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 0896 de fecha 11 de marzo de 1947.

³¹ Ley 45 de 18 de diciembre de 1946 “Por la cual se subrogan algunas disposiciones de los Códigos Penal y Procedimiento Penal y se adicionan otras de la Ley 167 de 1941.

De lo anterior, podríamos indicar que tanto el Derecho Internacional como el Interno adoptaron una teoría prohibicionista en cuanto al tema de drogas, la cual ha sido definida por el profesor Enrique Gómez Hurtado como: “...*Ha sido históricamente el método propuesto y puesto en ejecución para resolver el problema de la droga. Este principio se fundamenta en el siguiente postulado: “Se debe suprimir la oferta de toda droga mediante una prohibición general y absoluta...”*”³².

Con posterioridad al enunciado estatuto antidrogas de 1947, no pasaron más de dos años para la expedición de nuevas disposiciones sobre el tema de drogas se hiciese palmaria, y fuera expedido el decreto 923 de 1949³³, en el que se prohibía el cultivo y comercio de la marihuana; así mismo, en el artículo 2º. ordenaba a las autoridades administrativas la destrucción de esas plantaciones y denunciar ante los jueces penales este tipo de conductas, trayendo como consecuencia jurídica a los infractores con penas de prisión entre seis meses a cinco años y multa.

1.2. Tratamiento Legislativo entre los años 1950 a 2000

Para la segunda mitad del siglo XX se expidió el decreto 1858 de 1951³⁴, donde se declaró el orden público turbado y en estado de sitio de conformidad con el decreto 3518 de fecha 9 de noviembre de 1949. Además, se expidieron normas para el

³² HURTADO., Enrique. Gómez. (2006). *La tragedia de la droga. Perspectiva de una solución*. Bogotá: Temis. Pág. 29.

³³ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto Número 923 de fecha 4 de abril de 1949 “Por el Cual se prohíbe el cultivo y comercio de una planta”.

³⁴ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 1858 del 4 de septiembre de 1951 “por el cual se dictan unas disposiciones penales y policía”

tratamiento del delito, así como el mantenimiento del orden público. En el artículo 1º. se utiliza o se considera “maleante” a quien cultive, elabore, comercie o de cualquier manera haga uso o induzca a otro a hacer uso de la marihuana. Por tanto, la persona que hiciera uso de la marihuana era considerado por el Estado como un maleante y no como un enfermo o adicto a este tipo de sustancias, por ello, estos serían sometidos a las sanciones previstas en la Ley 48 de 1936³⁵, que traían unas consecuencias el internamiento entre dos a cinco años de internamiento en una colonia agrícola especial.

Para el año de 1955 se expidió el decreto 0014³⁶, en el que se indicaba como conductas que atentaban contra el orden social y como “Estados de alta peligrosidad” a los “toxicómanos habituales” (Artículo 7º. numeral 4º.) y así mismo los que cultivaran, elaboraran, usaran, negociaran o facilitaran la planta marihuana (Artículo 7 numeral 16). Tal y como se puede evidenciar para los años cincuenta la persona que usara este tipo de sustancias o el toxicómano habitual tenían el estigma legal de ser personas maleantes o inclusive de alto grado de peligrosidad, los cuales de conformidad con el capítulo tercero de esta norma serían objeto de castigos consistentes en internamiento en la colonia agrícola especial. Por último, se expidió el decreto 1699 de 1964³⁷, que continuaría con las líneas de sus normas precedentes.

³⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 48 del 13 de marzo de 1936 “Sobre vagos, maleantes y rateros”

³⁶ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 14 del 12 de enero de 1955 “Por el cual se dictan disposiciones sobre prevención social”.

³⁷ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto Número 1699 de fecha 16 de julio de 1964, “Por el cual se dictan disposiciones sobre conductas antisociales”.

Para el año de 1970, se expide el Decreto 1118³⁸, en donde las conductas de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, pasaron a ser contravenciones tal y como lo indica el preámbulo, puesto que las mismas eran parte de la afectación a la seguridad y tranquilidad pública; así pues, el que almacenara, elaborara, distribuyera, vendiera o suministrara marihuana, cocaína, morfina o cualquier otra sustancia estupefaciente sería sometido a arresto de uno a cuatro años, con circunstancia de agravación punitiva si el suministro era para menores de edad (Artículo 26). Se hace referencia a que las anteriores disposiciones resultaran sorprendidas en cuanto se observa un giro en cuanto a que no se reprimía a la persona que portara, llevara consigo o usara algún tipo de sustancias narcóticas, razón por la cual se evidencia en ese momento histórico un cambio de paradigma frente el consumidor de sustancias narcóticas.

Un año después de expedido el decreto 1118 de 1970, además, aparece el decreto 522 de 1971³⁹, que frente al porte de estupefacientes indicaba que el que portara en un sitio abierto al público sustancia estupefaciente, incurriría en arresto de uno a dieciocho meses; dentro de esa normatividad, sin embargo, esta conducta era reprimida como una contravención, es decir, no constituía una infracción de carácter

³⁸ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 1118 del 15 de julio de 1970 por el cual se expide el estatuto de contravenciones”.

³⁹ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 522 del 27 de marzo de 1971 “Por el cual se restablece la vigencia de algunos artículos del Código Penal, se definen como delitos determinados hechos considerados hoy como contravenciones, se incorporan al Decreto-ley 1355 de 4 de agosto de 1970 determinadas contravenciones y se determina su competencia y procedimiento, se modifican y derogan algunas de las disposiciones de dicho Decreto, se deroga el Decreto-ley 1118 de 15 de julio de 1970 y se dictan otras disposiciones.

penal el que usara este tipo de sustancias, de lo cual podría concluirse que la política criminal no se orientaba hacia la judicialización de consumidores.

Para el año de 1973 se expidió la Ley 17⁴⁰, donde se disponía que la persona que sin permiso de autoridad competente introdujera al país, sacara de él, transportara, llevara consigo, almacenara, conservara, elaborara, vendiera, ofreciera, adquiriera o suministrara a cualquier título o llevara consigo a una dosis de marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga o sustancia que produjera dependencia física o psíquica incurriría en prisión de tres a doce años según el Artículo 2º; no obstante, el inciso 2º., sostenía que si la persona se impondría arresto que iría entre un mes a dos años. Es claro que el Estado Colombiano se encontraba realizando un viraje a la penalización de los verbos rectores que fueran análogos al porte de sustancias estupefacientes.

Gracias a que con esta estas nuevas disposiciones se incluía la variable de “llevar consigo” salvo los que tuvieran en su poder la denominada dosis personal quienes serían objeto de medidas administrativas consistentes en arresto, razón por la cual esta nueva normatividad iba dirigida a la represión penalmente hablando del

⁴⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 17 del 21 de noviembre de 1973, “por la cual se dictan normas que reprimen conductas relacionadas con drogas o sustancias que producen dependencia física o psíquica, y se reviste, por él termino de un año, contado a partir de la fecha de la presente Ley, al Presidente de la Republica de facultades extraordinarias para elaborar un estatuto que regule íntegramente el fenómeno de aquellas drogas o sustancias, cree el organismo administrativo que un año, contado a partir de la fecha de la presente Ley, al Presidente de la Republica de facultades extraordinarias para elaborar un estatuto que regule íntegramente el fenómeno de aquellas drogas o sustancias, cree el organismo administrativo que cumpla las funciones que le atribuye el estatuto y haga las apropiaciones en el Presupuesto Nacional, verifique los traslados, abra los créditos y contracréditos, y se dictan otras disposiciones

consumidor de sustancias estupefacientes contrario a las disposiciones precedentes en los años setentas sobre esta materia.

1.2.1. Segundo estatuto anti estupefacientes de 1974

La ley 17 de 1973 revestía al presidente de la república de la potestad de regular de manera integral un estatuto sobre drogas o sustancias estupefacientes, en el plazo de un año, y es en razón a ello que se expide el decreto 1188 de 1974⁴¹, el cual trató de realizar un primer intento, que resultó muy gaseoso por cuanto no reguló muchas materias o temas que deben contener este tipo de normas; por el contrario, resultaba más integral, ya que el Capítulo I refería unos principios generales donde se definen básicamente los conceptos de fármaco o droga, dosis personal, entre otros aspectos. El Capítulo II referido a campañas publicitarias y programas educativos tendientes a una política de estado dirigida a desestimular la producción, el tráfico y el consumo de sustancias de estupefacientes para lo cual hacía un llamado a los medios de comunicación para que de manera mancomunada adoptaran medidas para el cumplimiento de estos fines. El tercer capítulo referido a campañas contra el alcohol y el uso de sustancias ilícitas, el cuarto capítulo dirigido al control de fabricación y distribución de sustancias estupefacientes; el quinto capítulo referido a los delitos el cual resulta de suma importancia analizar en el presente trabajo investigativo puesto que nuevamente sería castigada o reprimida el “portar” sustancias estupefacientes puesto que imponía como consecuencia

⁴¹ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 1188 de fecha 25 de junio de 1974, “por el cual se expide el Estatuto Nacional de Estupefacientes”

jurídica (Artículo 38) además de una pena de multa la de presidio de tres a doce años para el que “...*El que sin permiso de autoridad competente introduzca al país así sea en tránsito o saque de él transporte **lleve consigo**, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, suministre a cualquier título, marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra sustancia que produzca de drogas o sustancias que producen dependencia física o síquica, incurrirá (negrillas fuera de texto)...*”⁴²

No obstante, el inciso 2º. de esta norma indicaba que si el sujeto llevaba consigo sustancia estupefaciente que no sobrepasara la dosis personal se imponía arresto de un mes a dos años y multa para el infractor, y así el Artículo 39 de este estatuto indicaba expresamente que “...*La determinación de la dosis personal a que hace referencia el inciso 2, del artículo anterior deberá hacerse por peritación médico legal, teniendo en cuenta la calidad y cantidad de la sustancia y la historia y situación clínica del sindicado...*”, lo anterior resulta de suma importancia, puesto que la dosis personal no era determinada por nuestros legisladores sino por un profesional en la salud en el cotejo de la cantidad y calidad de la sustancia encontrada en poder de la persona frente a su historia y situación clínica; esto indica que si bien es cierto el verbo rector “llevar consigo” podría ser objeto de castigo por parte del derecho penal, también lo es que permitía que se evaluara por parte de un galeno si esa sustancia encontraba era considerada o no como una dosis personal.

Dentro de los capítulos subsiguientes del estatuto antidrogas, refiere la destrucción de las sustancias incautadas, el tratamiento que debían sufrir los

⁴² PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 1188 de fecha 25 de junio de 1974, “por el cual se expide el Estatuto Nacional de Estupefacientes”.

farmacodependientes donde el objetivo principal del estado se encontraba dirigido a adoptar medidas sanitarias para el tratamiento y rehabilitación de este tipo de personas para que de esta manera se pudieran reincorporar a la comunidad y ordenaba al Ministerio de Salud, incluir entre sus programas de prevención, tratamiento y rehabilitación.

1.2.2. Estatuto de Drogas Ley 30 de 1986

Este estatuto lleva vigente más de 30 años, ha sobrevivido incluso a la constitución de 1991; resalta el profesor Fernando Velásquez⁴³, que el estatuto se encontraba influenciado en tratados internacionales como el Acuerdo Sudamericano de Estupefacientes y Sicotrópicos del 27 de abril de 1973⁴⁴, el cual fue incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 66 de 1979 del que se deriva que hay un llamamiento a los países pertenecientes a la región para que adelantaran acuerdos de cooperación y planes educativos tendientes a prevenir el uso de indebido de sustancias psicotrópicas dando especial protección a los menores de edad, y dirigiéndose a los Estados firmantes para que dentro de su legislación interna armonizaran sus derechos frente a esas normas internacionales, e indicando que figuras delictivas debían preverse, relacionadas con la producción, comercialización, financiación, suministro, fabricación, tenencias sin razón legítima, facilitación de inmuebles, instigación, promoción y su uso personal en forma pública.

⁴³ VELÁSQUEZ. Fernández. (1989). *Drogas Problemática actual en España y América*. Bogotá: Temis. Pág. 9.

⁴⁴ Acuerdo sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicas Buenos Aires, 27 de Abril de 1973.

No obstante, si bien es cierto el acuerdo indicaba como consecuencias del hecho punible penas de prisión y multas, también se reconocía que si el condenado era adicto a ese tipo de sustancias se le impondría una medida de seguridad curativa y reeducativa, consistente en tratamiento de desintoxicación en centros especiales de asistencia y cesaría previo a decisión judicial y dictámenes de peritos que la persona que estuviera sujeta a este tipo de medidas ya se encontraba rehabilitada. De lo anterior, podemos señalar que este acuerdo internacional sancionaba el uso de este tipo de sustancias, pero disponía que en el casos concretos se debía verificar si se trataba de una persona dependiente a los narcóticos y de esta manera se impusiera la respectiva medida de seguridad. Así las cosas, podríamos decir que si bien es cierto se trata de unos postulados internacionales que atacaban no solo el tráfico, fabricación de estas sustancias también se trata de una lucha contra el consumo o drogadicción graduando la consecuencia jurídica con unos fines de rehabilitación.

Frente a la ley 30 de 1986⁴⁵, debemos decir que fue expedida el 31 de enero de ese año, y que la misma surge mediante la creación del proyecto de ley No 2E de 1985 mediante el cual se buscaba actualizar de manera integral las normas sobre esta materia y constituirse en un instrumento eficaz para la erradicación de este flagelo, y frente al tema que nos compete se señaló frente al verbo rector “llevar consigo” para su propio consumo de cocaína, marihuana, o cualquier otra droga que produzca dependencia arresto, multa y conforme al dictamen médico legal se

⁴⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 30 de 1986 “Por el cual se adopta un Estatuto Nacional de estupefacientes y se dictan otras disposiciones”.

dispusiera que la persona que se encontrara en estado de drogadicción sería internado en un establecimiento psiquiátrico o similares, por el término necesario para su recuperación la cual sería certificada por el Médico tratante y por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Artículo 15), siendo calificada como una conducta de carácter contravencional conforme a lo dispuesto en el título IV de este Estatuto. Es de señalar que el artículo 15 fue declarado inexecutable por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-221 de 1994.

El artículo 33 de este estatuto frente al tráfico, fabricación o porte de estupefacientes señalaba que se consideraba como delito las siguientes conductas “...*El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa en cuantía a diez 10 a cien (100) salarios mínimos...*”, al realizar una lectura de esta norma se determina que se trata de una estructura del tipo penal idéntica al precepto contenido en el Artículo 376 de la Ley 599 del 2000 (Código Penal Vigente), tratándose de un tipo penal compuesto, es decir, existen múltiples formas en que se puede realizar por parte de un sujeto activo indeterminado y como circunstancias de agravación que duplicaban la pena la que fuera realizada con menores de edad y personas en estado de inimputabilidad., en determinados lugares como centros deportivos, educativos, recreativos, cárceles, entre otros, y por la cantidad de sustancia estupefaciente.

Este estatuto antidrogas en concordancia con el expedido en el año 1976 reitera el compromiso del Estado en adoptar campañas educativas tendientes a la prevención de este flagelo que ha atacado al Estado Colombiano durante muchos años, en especial, en la segunda década del siglo XX, donde también se presta especial cuidado a los farmacodependientes y es conforme a la estructura de estas normas que podríamos decir que estamos frente a una mixtura de las teorías prohibicionista y liberal en lo que concierne al tema de las drogas. Para concluir que la expedición de este tipo de normas como lo es la Ley 30 de 1986 obedece a factores generados por ciclos de violencia del narcotráfico, en especial, al asesinato del Ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla que llevaron al ejecutivo a tomar medidas de endurecimiento de las penas frente a los delitos que fueran derivadas de esa actividad⁴⁶.

1.3. Código Penal del 2000

El Código Penal actualmente vigente en nuestro país es la Ley 599 del 2000⁴⁷, el cual al observarse el contenido frente al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes es idéntico a lo dispuesto en la ley 30 de 1986, teniendo como pilar fundamental la preservación del bien jurídico de la salud pública, y de esta manera el artículo 376 señala *“Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Modificado por el artículo 11, ley 1453 de 2011.*

⁴⁶ VELÁSQUEZ. Fernández. (1989), *Drogas Problemática actual en España y América*. Bogotá: Temis. Pág. 29.

⁴⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Ley 599 del 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”.

“..El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes “.

Esta norma castiga el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, reprimiendo el verbo rector “llevar consigo” salvo lo dispuesto en el uso de la dosis personal dentro de las cantidades dispuestas en la Ley 30 de 1986, razón por la cual se trata de un tipo en blanco no solo porque es necesario remitirse a esta última disposición legal para saber si la cantidad con que es encontrado el sujeto activo es sujeta a una infracción penal y de otro lado las definiciones sobre drogas o sustancias sicotrópicas también se encuentran contenidas en este estatuto antidrogas.

En segundo lugar, se trata de un delito que puede ser cometido por cualquier persona por cuanto se trata de un sujeto activo indeterminado, es un tipo penal compuesto en razón en que la conducta punible puede ser cometida de diferentes formas bajo varios verbos rectores como lo es “introducir” o “sacar” del país, “transportar”, “llevar consigo”, “almacenar”, “conservar”, “elaborar”, “vender”, “ofrecer”, “adquirir”, “financiar” o “suministrar”. En tercer lugar, y para el tema de cual

es objeto el presente trabajo no son objeto de sanción Penal las personas que se encuentren bajo la circunstancia del verbo rector “llevar consigo” que no superen los límites propuestos en el Estatuto Nacional Antidrogas Ley 30 de 1986, aclarando que si son con fines distintos al portarla serían acreedores a las consecuencias jurídicas señalados en el Artículo 376 del Código Penal. En cuarto lugar, cabe precisar que esta disposición Legal se encuentra dividida en tres incisos donde se agrava el quantum punitivo dependiendo la cantidad de droga con que es encontrado el infractor.

Es de anotar, que el artículo 376 del código penal hasta la actualidad ha sido objeto de reformas especialmente en lo que se refiere al incremento de penas, es así que para el año 2011 se expide la ley 1453⁴⁸, la cual realiza un incremento de las penas establecidas tanto en la ley 599 del 2000 y ley 30 de 1986; no obstante, dicho endurecimiento de penas frente a este delito en especial en lo que se refiere al verbo rector “llevar” consigo fue objeto de estudio por parte de la Honorable Corte Constitucional quien mediante sentencia C-491 de 2012 en el entendido que no se incluye la penalización del porte o conservación de dosis las destinadas exclusivamente al consumo personas de este tipo de sustancias.

⁴⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 1453 del 24 de Junio de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras materias en materia de seguridad”

En el año 2016 se expide la ley 1787⁴⁹, la cual nuevamente entra a regular temas tales como definición de las sustancias estupefacientes, tratamiento que se debe otorgar a los consumidores, medidas de prevención y se adiciona un inciso al artículo 376 del código penal de la siguiente manera “...*Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias...*”, esta normatividad nos permite inferir que a pesar de que han existido varios avances en materia Legislativa frente a los consumidores también se amplía la no penalización frente a los que requieren el uso de estas sustancias bajo prescripciones de tipo médico.

Por último, en materia procesal mediante el artículo 68^a del código penal (Ley 599 del 2000⁵⁰, el inciso 2 excluye todo tipo de beneficios y subrogados, en el sentido de que no se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria quienes hayan sido condenados por el delito de tráfico de estupefacientes y otros delitos.

1.4. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el “porte” de sustancias psicoactivas a partir de la constitución de 1991

⁴⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 1787 del 6 de julio del 2016 “por medio del cual se reglamenta el Acto Legislativo 02 de 2009.

⁵⁰ Adicionado por la Ley 1142 del 2007, Art. 32. Modificado. L. 1453/2011, Artículo 28. Modificado. L. 1474/2011, art. 13. Modificado. L. 1709/2014, art. 32. Modificado. L. 1773/2016, art. 4. Exclusión de beneficios y subrogados penales.

La Corte Constitucional como máximo órgano de esta Jurisdicción, ha sido armónica frente al tratamiento que deben recibir los consumidores de sustancias psicoactivas que en últimas su comportamiento desde el punto de vista jurídico Penal se encuadra dentro del verbo rector “llevar consigo”, puesto que de no ser así su comportamiento sería de reproche normativo puesto que estaría dentro de la órbita de tráfico o fabricación que son actividades de narco o micro tráfico de este tipo de sustancias, razón por la cual los pronunciamientos que serán enunciados a continuación se encuentra dirigidos hacia el primero de los supuestos enunciados.

1.4.1. Sentencia C-221 de 1994

Frente a este pronunciamiento quien fuere ponente el Magistrado Carlos Gaviria Díaz⁵¹, cabe precisar que dicho estudio resultó de suma importancia, tanto así, que en la actualidad sirve de gran utilidad para el desarrollo académico y práctica jurídica por parte de los operadores judiciales. En este fallo la corte se detiene a estudiar la inexecutable deprecada por un ciudadano referente al literal j del artículo 2 y artículo 51 de la Ley 30 de 1986, que son normas concernientes a la cantidad que debe comprender la dosis personal, y de igual manera las sanciones a las cuales deben estar sometidos los que sean sorprendidos “llevando consigo” sustancias estupefacientes como el internamiento en establecimientos psiquiátricos.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Expediente No D-429 de fecha 5 de mayo de 1994.

En lo que hace referencia al estudio de reproche normativo que deben ser objetos los consumidores de sustancias estupefacientes, en esta sentencia la Corte empieza realizando un estudio sobre el contenido de una norma jurídica la cual va dirigida hacia el Derecho de las personas frente a la intromisión de los Derechos de los demás coasociados precisamente para regular esa relación de manera armónica, por otro lado, se encuentran las normas morales las cuales van dirigidas hacia las personas como un deseo o creencia del estado frente a una persona en un sentido paternalista como por ejemplo “el deber de las personas de procurar por su salud”, es decir este tipo de normas a pesar de ser abstractas son de carácter unipersonal y por lo tanto su incumplimiento no generan un reproche normativo a diferencia de las primeras, por cuanto van dirigidas hacia la afectación del derecho del otro, de lo anterior señala la corporación que la norma jurídica es bilateral y la moral es unilateral. Y por lo tanto el legislador tiene la facultad de prescribir como se debe actuar con los otros pero no con nosotros mismos.

Indica la Corte que el hecho de ser adicto, drogadicto o en estado de dependencia de sustancias estupefacientes básicamente se encuentra amparado por Derechos Fundamentales como lo son el Derecho de la Libertad de determinación y Dignidad Humana como pilares básicos de nuestra Constitución Política de 1991, de igual manera, nuestra Carta bajo un contenido filosófico es libertaria y democrática y de ninguna manera es autoritaria “pro favor libertatis”, es decir, yo puedo hacer uso de mi Libertad siempre y cuando no interfiera con la esfera de la libertad ajena. Señala nuestro máximo órgano Constitucional que resulta deseable por parte del estado que las personas cuiden de su salud, como es el caso de los consumidores de

sustancias estupefacientes, pero no les puede ser exigible jurídicamente precisamente porque no se encuentra afectando la esfera de dominio del conglomerado social.

Frente a los anteriores argumentos, se declara inexecutable el artículo 51 de la Ley 30 de 1986 en el entendido de que no puede ser exigible el internamiento de drogadictos puesto que cada persona es libre de recuperar su salud o no, puesto que en virtud de la autonomía de los seres humanos que es un desarrollo de ese Libre Desarrollo de la Personalidad cada persona le da sentido a su existencia y por lo tanto la misma no puede ser limitada sino se involucra con la autonomía ajena, señalando que si el estado o el Legislador interviene en esa autonomía le estaría dando el tratamiento de una cosa.

La anterior decisión fue cuestionada por una parte de ese órgano constitucional, siendo exponentes de dicho salvamento de voto los magistrados José Gregorio Hernández, Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón y Vladimiro Naranjo Meza, quienes divergen de los argumentos esbozados puesto que indican que la dependencia a sustancias estupefacientes pueden ser nocivos para bienes protegidos como es la Salud Física y mental, pacífica convivencia de la ciudadanía y la integridad de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Indican en este salvamento de voto que el Libre Desarrollo de la Personalidad no es un Derecho absoluto, puesto que la conducta del drogadicto podría ser atentatoria del entorno familiar y social, ya que es proclive a la realización de

actividades delictivas y en razón a ello le corresponde al Estado y a la sociedad el deber de concurrir a su auxilio en aras de proteger Derechos ajenos como lo son la vida, paz, salud, seguridad, convivencia y bienestar.

Así mismo, expresan los contradictores a la tesis adoptada por el Magistrado Gaviria Díaz, que el vicio no constituye un bien sino por el contrario es el generador de unos males y en razón a ello la Libertad debe ser ejercida de manera responsable y no puede ir en contra de la misma naturaleza humana ya que el ser humano está dotado de racionalidad y su fin en sí mismo no es el de aniquilarse, concluyendo esta posición que el Derecho a la Libertad se debe ejercer para que la persona aumente su señorío sobre el entorno y no para degradar su personalidad.

1.4.2. Sentencia C-689 de 2002

Para el presente asunto siendo Magistrado Ponente el Dr. Álvaro Tafur Galvis⁵², entró la Corte a estudiar demanda de inconstitucionalidad de los Artículos 376, 376, 377, 378, 379, 380, 382, 385 de la Ley 599 del 2000 (Código Penal vigente), que son delitos referentes al tráfico, fabricación y porte de estupefacientes ya que a juicio de los demandantes esas normas fueron tipificadas como delitos sin que se tuvieran en cuenta criterios de antijuricidad formal o material.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C – 689 de 2002.

Indicaban los accionantes que dentro del Derecho de Autonomía de la voluntad, estaba el de consumir sustancias psicoactivas, en razón a que no se puede reprimir esa decisión tomada por la persona de manera voluntaria y por lo tanto su conducta debería ser despenalizada, adoptando medidas administrativas de prevención y el que de manera consciente decida tomar el camino de consumir este tipo de sustancias debería ser realizado mediante condiciones de salubridad optimas adecuadas por el Estado; consideran en su demanda, que estos delitos son violatorios del Derecho a la Igualdad, porque se tipifican comportamientos relativos a drogas y no de sustancias alcohólicas, señalando que esto afecta el Derecho a la Paz porque hace que este tipo de comportamientos sean controlados por parte de bandas delincuenciales.

Para resolver los cuestionamientos planteados, la Corte observa que la demanda contenía argumentos similares a los esbozados en una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de estupefacientes Vigente), ya resuelto por esa Corporación mediante sentencia C-420 de 2002⁵³, los cuales fueron tomados en cuenta por parte de ese órgano jurisdiccional para resolver el asunto planteado. Frente al planteamiento de despenalización de conductas relacionadas al tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, indicó la Corporación que ese no es un asunto que podría ser resuelto en sede constitucional sino que se trata de criterios político criminales que le competen al Legislador ya que este es el que tiene la capacidad de configuración normativa en materia de

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C – 420 de 2002

política criminal, lo cual es una facultad legítima otorgada por la Carta Política bajo el respaldo del Principio Democrático ya que se trata de decisiones tomadas producto de un debate dinámico de las diferentes fuerzas políticas sin que los mismos puedan afectar los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política, observando la Corte que los planteamientos se encuentran basados en una divergencia frente al criterio de política criminal en materia de drogas.

Para nuestro máximo órgano Constitucional, no resultaba violatorio al Derecho Fundamental al Libre Desarrollo de la Personalidad la criminalización de este tipo de conductas, ya que el mismo no es absoluto y no puede desconocer el Derecho de otros o colectivos, ya que se trata de comportamientos que ponen en peligro el orden social y económico, al respecto toma como referencia los planteamientos expuestos por esa misma corporación en sentencia C-420 del 2002 donde se plantea que delitos relacionados con el narcotráfico, en principio se afecta un bien jurídico en particular como el de la Salud Pública, ya que es la misma Constitución que predica en su Artículo 49 que toda persona debe procurar por el cuidado integral de su salud y comunidad basado en el principio de solidaridad, en razón a que dicho fenómeno interfiere una gama de Derechos como el de Seguridad Pública y el orden económico y social por cuanto este tipo de actividades generan alta rentabilidad resultando una alternativa frente a la financiación de grupos delincuenciales afectando de esta manera las fuerzas económicas. Señaló que el Legislador al determinar una dosis personal implica fijar límites de una actividad lícita (Libertad del consumidor) con otra ilícita (narcotráfico).

Indicó que las normas cuestionadas por los demandantes no vulneran el principio de igualdad frente al tratamiento otorgado a las personas dedicadas a actividades del narcotráfico con las de expendio de bebidas alcohólicas, ya que no es de resorte del Juez Constitucional reprochar los fundamentos de política criminal que son de competencia del Congreso de la República y por lo tanto no le es dado a la corte invadir esa competencia constitucional. Frente al fenómeno del narcotráfico señaló la corporación que el Estado Colombiano se encuentra ante la presencia de compromisos internacionales que lo obligan a combatir este flagelo y en lo que concierne a las bebidas alcohólicas no existe ningún requerimiento de este tipo, a manera de ejemplo trae a colación la Ley 67 de fecha 23 de agosto de 1993, la cual es aprobatoria de la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas” suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988, siendo declarado Constitucional mediante sentencia C-176 de 1994 frente a la obligación adquirida por el estado colombiano para tipificar como punibles conductas relacionadas con el narcotráfico.

Por último, señaló que la implementación de este tipo de normas no vulneran el Derecho a la Paz, puesto que la penalización de tales conductas tiene como objetivo proteger el bien jurídico de la Salud Pública, ya que además de la amplia potestad de configuración normativa en materia de delitos, sanciones y sus incrementos, corresponde al Legislador limitar actividades concernientes al narcotráfico, en atención a que este fenómeno ha generado impactos de carácter económicos, sociales, ambientales y políticos y por lo tanto, le corresponde al Juez Constitucional pronunciarse y velar por los casos donde existe manifiesta desproporción e

irrazonabilidad frente a los cometidos constitucionales, declarando de esta manera la exequibilidad de la normatividad cuestionada.

1.4.3.- Sentencia C-101 de 2004

En primer lugar, es de importancia señalar que para el año 2002 el Legislador expide la Ley 745, donde se sanciona como contravención el porte, tenencia o consumo de sustancias psicoactivas así sea por debajo del límite de la dosis personal, para personas que lo realizaren en presencia de menores de edad, dentro del domicilio con riesgo a la Unidad de la Familia, en establecimientos educativos, o en lugares aledaños a los mismos o en el domicilio donde se encuentren menores, mediante autorización o tolerancia de consumo por parte de menores o en presencia de estos y en establecimientos de comercio de esparcimiento público.

El debate generado al interior de esta sentencia el cual fuere Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño⁵⁴, fue el de establecer si lo no regulado por la Ley 745 del 2002 podría suplirse con lo dispuesto en la Ley 28 de 1995 a pesar de estar derogada. En este pronunciamiento, nuestro máximo órgano constitucional hace alusión al Principio de Legalidad el cual se encuentra plasmado en el Artículo 29 de la Constitución Nacional, donde se puede extraer que tanto la conducta punible, el proceso y la pena como categorías fundamentales del sistema penal deben estar determinadas en la Ley de manera cierta, previa y escrita en atención a que el

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 101 de 2004.

destinatario de la norma debe tener certeza a qué atenerse con su actuar desde el punto de vista fáctico, procedimental y las consecuencias de ese hecho. La Corte indicó que frente a las anteriores circunstancias que la disposición legal debe ser *“...Previa, en cuanto se trata de decisiones normativas que deben ser tomadas por la ley antes de los hechos que generan la imputación penal. Esto es, las normas que configuran las conductas punibles, los procesos y las sanciones deben estar predeterminadas. Y escrita, por cuanto se trata de normas con rango formal de ley. Es decir, para la predeterminación de la conducta punible, el proceso y la pena, existe reserva de ley...”*⁵⁵

La Corte Constitucional en dicho fallo propugna por el respeto a ese principio de Legalidad dentro de un Estado Social de Derecho respecto del delito, procedimiento y la pena, en un primer sentido porque es una manifestación del principio de separación de poderes ya que la facultad de la Ley se encuentra en cabeza del Congreso de la República, quien asegura que esas decisiones sean tomadas a partir de un proceso deliberativo por parte de sus representantes elegidos popularmente.

Bajo los anteriores argumentos, esta Corporación declaró la inexecutable el Artículo 5 de la Ley 745 del 2002, bajo el entendido a que si bien es cierto se indica que son objeto de contravención los que se encuentren consumiendo o portando sustancias estupefacientes bajo las circunstancias ya señaladas, de igual manera

⁵⁵ Ibídem. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.

se indica cuáles serán las consecuencias jurídicas, no resulta claro cuál será el procedimiento que se debe adelantar en esos supuestos de hecho, razón por la cual resulta parcialmente inconstitucional ese Artículo en atención a que al no existir claridad sobre el aspecto enunciado se viola el Principio de Legalidad Procesal, más aún, cuando solamente hay una remisión normativa a una Ley Derogada.

1.4.4.- Sentencia C-879 de 2008

En lo que concierne al presente estudio, el capítulo V de la Ley 1153 del 2007 disponía como contravenciones penales nuevas relativas al consumo de sustancias estupefacientes que afectan la salud pública tales como: en presencia de menores, en establecimientos educativos o en sitios aledaños, o en el domicilio donde residan menores de edad, sancionando a los infractores con penas de trabajo social y multas. Es de resaltar, que la finalidad de esta Ley “de pequeñas causas” se encontraba dirigida a descongestionar el sistema ordinario penal mediante la atención entorno a delitos de menor relevancia e impacto social.

La Corte siendo Magistrado Ponente Manuel José Cepeda⁵⁶, observó que el Legislador si bien es cierto estimó que las “pequeñas causas” tenían menor grado de lesividad, esas conductas no fueron despenalizadas ni sometidas a un régimen delictual distinto en cuanto a la descripción de los tipos penales, responsabilidad y pena. En virtud de lo anterior resulta claro que el Artículo 250 de la Constitución

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA C-879 de 2008.

Política, así como los Artículos 205 y 207 de la Ley 906 del 2004 otorgan las facultades a la Fiscalía General de la nación como la Entidad encargada de investigar las conductas que tengan connotación Penal, así como identificar e individualizar a los responsables de las mismas, no obstante la Ley 1153 de 2007 había excluido a la Fiscalía de esa función a pesar de tratarse de un procedimiento de carácter penal para en su lugar otorgar esa facultad en cabeza de la Policía Nacional en etapa de indagación e investigación.

En atención a lo anterior, la Corte Constitucional declaró inexecutable la totalidad de la Ley 1153 del 2007, ya que a juicio de la corporación no habría un órgano competente válido desde el punto de vista Constitucional para realizar la indagación e investigación de esas “pequeñas causas” que no podría estar en cabeza de la Policía Nacional, pues las investigaciones de carácter penal por mandato de nuestra carta política se encuentra de manera exclusiva en la Fiscalía General de la Nación.

1.4.5. Sentencia C-574 de 2011

En esta providencia entró la corporación analizar la inconstitucionalidad el Acto Legislativo No 2 de 2009, el cual introduce el Artículo 49 de la Constitución Política donde se prohíbe el porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas adoptando medidas terapéuticas mediante consentimiento informado por parte del adicto bajo el amparo del Derecho a la Salud, en el entendido que a juicio de los demandantes este acto reformativo de la Carta Política la sustituye, ya que afecta un elemento esencial o definitorio de la misma, en atención a que este Derecho

encuentra su fundamento en la Dignidad Humana de la persona desarrollado en el Artículo 1, escenario donde se encuentran los adictos a este tipo de sustancias.

La Corte siendo Magistrado Ponente el Dr. Juan Carlos Henao⁵⁷, señaló que para que exista un juicio de sustitución tienen que concurrir tres elementos, el primero de ellos es que la reforma introduzca un elemento nuevo en la constitución, el segundo, que se tiene que establecer si ese elemento reemplaza el originalmente adoptado por el constituyente y un último elemento que es de comparar los dos principios para ver si resultan incompatibles, y de esta manera verificar si el principio que se afecta es esencial o axial de la constitución y si esto ocurriera estaríamos frente a esa sustitución de la Constitución.

Para el caso la Corporación se inhibió de decidir el asunto planteado, puesto que a su juicio los demandantes solo se refirieron al supuesto de hecho en cuanto a la prohibición de porte y consumo de sustancias estupefacientes, y no se hace referencia la consecuencia jurídica referente a medidas administrativas consistentes en tratamientos administrativos de tipo pedagógico o terapéutico., razón por la cual no se estableció de manera completa una proposición jurídica y por lo tanto no hay suficiencia frente al pedimento incoado por parte de los ciudadanos. En conclusión, para la Corte no se logró establecer por parte de los accionantes de qué manera el principio axial de la autonomía de la persona humana el cual constituye un elemento circunstancial de la dignidad humana fue sustituido por otro.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C 574 de 2011

1.4.6. Sentencia C-491 de 2012

En esta providencia el Magistrado Ponente fue el Dr. Luis Ernesto Vargas Silva⁵⁸, correspondiéndole resolver demanda de inconstitucionalidad, sobre la expresión “lleve consigo”, contenida en el Artículo 11 de la Ley 1453 del 2011 “por medio del cual se reforma el Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código de infancia y Adolescencia, reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”.

A juicio del demandante se trata de una norma que incrementa penas para el verbo rector “llevar consigo”, sin que se excluyan de esta alternativa del tipo penal los consumidores de sustancias estupefacientes, siendo violatorio de normas constitucionales que ubican a la persona humana como el centro de un Estado Social y Democrático de derecho.

Señaló que la racionalidad que caracteriza a la dignidad humana hace parte del Principio de Autonomía y el Libre Desarrollo de la Personalidad ya que el ciudadano puede escoger sus comportamientos y opciones de vida si pertenecen a su fuero interno y con ello no interfiere en la órbita de los demás. Indicó que esa normatividad sigue calificando como delincuentes sin reparar su situación de dependientes o drogadictos, lo cual sería contrario a lo dispuesto en el Acto Legislativo No 2 de

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C – 491 de 2012

2009 que promueve la curación y rehabilitación del consumidor entendido como la persona que se encuentra en estado de debilidad manifiesta y por el contrario se está acudiendo a un castigo como lo es la cárcel. Refiere el accionante que la tendencia actual de penalizar conductas obedece a la falta de una política criminal clara orientada a la lucha de la criminalidad organizada ordenada en la referida Reforma Constitucional de donde se escapa el porte y consumo de sustancias estupefacientes.

La Corte para resolver la situación planteada acudió a la interpretación reiterada de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia como órganos de Cierre de las distintas jurisdicciones, ya que a su juicio al remitirse a los precedentes de esas Instituciones se encuentra delimitado el contenido normativo de las disposiciones sometidas a control Constitucional. La Corte se planteó el problema jurídico de evaluar si la conducta alternativa dispuesta en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes siendo el verbo rector “llevar consigo o portar” es manifestación de un criterio político criminal para nuevamente penalizar el mero porte y consumo de este tipo de sustancias dentro de la llamada dosis personal, a pesar de que esta postura había sido declarada inexecutable mediante sentencia C-221 de 1994.

Explicó la Corporación que el concepto de dosis personal se encuentra vigente y regulado en el orden jurídico procesal Penal, señaló que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que no puede llegar a ser punible el Porte de Estupefacientes en cantidades de baja significación puesto que su judicialización afectarían Principios Constitucionales como el de Libertad, Libre Desarrollo de la

Personalidad amparado en categorías penales de ausencia de lesividad material, ya que se trata de comportamientos que carecen de relevancia para la afectación de los bienes jurídicos que se intentan proteger como es salud Pública, orden económico y social y seguridad pública.

Señaló que el concepto de dosis personal se encuentra definido como “la cantidad de sustancia estupefaciente que de conformidad con una presunción legal, es la que resulta compatible con el consumo personal” , y por lo tanto no está destinada a la comercialización o distribución, así las cosas reformas constitucionales como el Acto Legislativo 02 de 2009 no modificó esa realidad jurídica de ninguna manera, sino que tuvo en cuenta medidas administrativas de carácter pedagógico o terapéutico bajo el consentimiento del adicto, y en razón a ello lo que busca el estado no es reprimir la penalización sino que este tipo de medidas son un desarrollo del deber de procurar el cuidado integral de la salud de la persona y de la comunidad en general, por cuanto constituyen un mandato de optimización encaminado a proteger al adicto bajo los Principios de universalidad y solidaridad.

Concretó el alto tribunal, que la supresión u omisión de no dejar la salvedad sobre lo dispuesto para los consumidores que se encuentren dentro del ámbito de dosis personal dentro del Artículo 376 de la Ley 599 del 2000 reformado por el Artículo 11 de la Ley 1453 del 2011, no puede interpretarse de ninguna manera como la penalización de este tipo de conductas sino que se trata de brindar atención, acompañamiento y rehabilitación de los adictos ordenados mediante la reforma constitucional referenciada en el párrafo anterior. Así las cosas, recuerda la Corte

que el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 se encontraba vigente sobre la cantidad que podía “portar o conservar” una persona y que el concepto de narcotráfico se escapa de este supuesto de hecho ya que este último escenario constituye una actividad ilícita alimentada por un afán de lucro, mientras que el porte de la llamada dosis personal no reviste la idoneidad necesaria para afectar el Bien jurídico complejo que se intenta proteger siendo contrario al Principio de Proporcionalidad y prohibición de exceso en materia penal intentar reprimir este tipo de conductas referidas a consumidores y/o adictos.

Bajo los anteriores argumentos, el máximo órgano en materia constitucional declaró la exequibilidad condicionada del Artículo 11 de la Ley 1453 del 2011, bajo el entendido de que el porte o conservación de sustancias estupefacientes que encuentren comprendidas dentro de la llamada dosis personal no hace parte del tipo penal referido al tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por cuanto este tipo de conductas no se encuentran penalizadas a excepción del escenario de distribución, tráfico o comercialización sin importar la cantidad puesto que tienen la potencialidad de afectar derechos ajenos.

1.5. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el “porte” de sustancias psicoactivas a partir de la constitución de 1991

1.5.1. Sentencia SP55919/2014

Esta sentencia proferida por la Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵⁹, estudia la casación presentada por parte de un Fiscal Seccional del Departamento de Antioquia frente a la decisión de apelación fallada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el día 12 de agosto del 2013, mediante el cual absolvió un ciudadano por el delito contemplado en el inciso 2 del Artículo 376 del Código Penal, cuyos hechos jurídicamente tuvieron ocurrencia en el año 2012 cuando una persona de sexo masculino presuntamente al observar la presencia de los policiales arrojó una bolsa que luego de verificarse el contenido en su interior contenía sustancia estupefaciente – marihuana -, la cual después de haber sido sometida al respectivo experticio dio positiva para cannabis con un peso neto de 52 gramos y para cocaína de 0,8 gramos, realizándose imputación en ese momento procesal por el verbo rector “llevar consigo” , situación fáctica que llevó al Juez de primera instancia absolver al procesado.

Consideró el Delegado de la Fiscalía General de la Nación, como recurrente, que con ocasión a la expedición del acto Legislativo No 02 de 2009 resultaba errado que se inhibiera el Estado de perseguir penalmente al consumidor que supere la dosis personal prevista en la Ley 30 de 1986, en atención a que bajo ese contexto siempre estaría impune la actualización de los verbos rectores de portar o conservar y por lo tanto solo interesaría la cantidad encontrada al sujeto activo de la acción para estimar si es para consumo, así mismo refirió que no resultaba coherente que el

⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Radicación 42617 de fecha 12 de noviembre del 2014.

consumidor portador resultara inmune a la responsabilidad penal puesto que para esa actividad tendría que adquirirla o comprarla.

Para resolver el cuestionamiento, por parte de la Sala se retomaron varios aspectos de carácter ontológico de este delito, así como de sus elementos estructurales indicando que el contenido del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes establece una amplia gama de conductas desplegadas por el agente dentro del cual se encuentra el “llevar “consigo”, recayendo la conducta sobre un objeto material que son las sustancias estupefacientes, psicotrópicas y sintéticas; se trata, advirtió, de un delito cuyo tipo penal trae una graduación de las penas en cuanto contiene tres incisos que contemplan una consecuencia más gravosa si la cantidad encontrada es mayor a unos topes previamente establecidos.

Para decidir sobre los cuestionamientos elevados por parte del accionante, la Corte tomó como referente los diferentes pronunciamientos Jurisprudenciales emitidos tanto por la Corte Constitucional y los desarrollados por esta misma corporación con referencia a los consumidores de sustancias estupefacientes, tomando en cuenta principalmente los siguientes:

Dentro de la radicación 18609 de fecha 08 de agosto del 2005, caso en el que la persona fue encontrada con un peso neto de 1,24 gramos positiva para cocaína y sus derivados, señaló la Sala que el hecho de sobrepasar de manera superficial el tope establecido en esa Ley 30 de 1986 no permite deducir que se trata de un

consumidor objeto de reproche punible, puesto que son circunstancias que permiten adscribir su condición potencial hacia un adicto.

En auto 28195 de fecha 8 de octubre del 2008, recuerda la Sala que el Artículo 11 de la Ley 599 del 2000 señaló el Principio de Antijuricidad Material, refiriendo que frente a la llamada dosis personal o cuando se incremente de manera mínima ese tope, carece de relevancia penal cuando solo repercute en el ámbito de la privacidad de quien la consume, pues si fuera con otros fines si había una afectación al bien jurídico protegido, en la medida en que expondría bienes jurídicos como la salud pública, orden económico y social y el de la Seguridad Pública; no obstante en ese asunto resultó condenado una persona con 38,7 gramos ya que se logró acreditar que para ese caso la finalidad iba dirigida para expendio o distribución.

Dentro del radicado 29183 de fecha 18 de noviembre del 2008 de fecha 18 de noviembre del 2008, se absuelve al enjuiciado que fue sorprendido en posesión de 29.9 gramos positivo para marihuana y sus derivados, pues se estimó que la cantidad encontrada en su poder representaba apenas un exceso ligero de la dosis personal y de acuerdo con la valoración probatoria se encontraban destinados hacia el propio consumo.

Bajo los enunciados pronunciamientos y lo argumentado por parte de la Corte Constitucional sobre el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se concluye en primer lugar que se trata de un delito de peligro abstracto; en segundo lugar que el concepto de dosis personal permite diferenciar el agente que actúa como consumidor frente al de tráfico y en tercer lugar que la antijuricidad de la

conducta depende que trascienda de ese fuero interno para afectar derechos ajenos por lo que se exhorta a los operadores judiciales para dar aplicación de medidas pedagógicas y terapéuticas a favor del consumidor bajo el criterio de una discriminación positiva.

Para el radicado 31531 del 8 de julio del 2009, la Corte confirma la absolución de un sujeto que llevaba 1.3 gramos de cocaína para sus derivados argumentando que el uso de sustancias estupefacientes psicotrópicas genera problemas de adicción que convierte a la persona en enfermo y por lo tanto requiere manejo médico y no una medida de aseguramiento de las previstas en nuestro ordenamiento represor; como quiera que se trata de un adicto, se infiere que este busca abastecerse de cantidades incluso que superen de manera mínima la dosis personal por cuanto le sirve para su consumo en varias oportunidades y por lo tanto desplegada la conducta por el agente no genera peligro al bien jurídico ya que estaríamos bajo un escenario denominado dosis de aprovisionamiento.

Dentro del radicado 35978 de fecha 17 de agosto del 2011, posición que fue ratificada en el radicado 38516 de 2012, nuestro máximo órgano jurisdiccional en materia penal señaló la ausencia de lesividad de conductas referidas al porte de estupefacientes encaminadas al consumo dentro de los límites de la dosis personal, puesto que estas no trascienden a la afectación siquiera abstracta del bien jurídico de la salud pública; señaló la Corte que a pesar de que el Estado Colombiano adquirió compromisos internacionales bajo la Ley 67 del 23 de agosto de 1993 en lo que concierne a la tipificación de comportamientos referidos al comercio de

estupefacientes o narcotráficos, esta Ley dejó una reserva a cada estado si es su deseo reprimir comportamientos concernientes al consumidor.

No obstante, a pesar de lo expuesto, el máximo tribunal confirma la condena a un ciudadano que llevaba consigo 79.9 gramos de marihuana bajo el argumento de que a pesar de que al ciudadano no se le logra demostrar una actividad de distribución la sola cantidad al superar en casi 4 veces la llamada dosis personal, hace presumir la puesta en peligro de bienes jurídicos de la salud pública, orden económico y social y el de la seguridad pública.

En sentencia de fecha 3 de septiembre del 2014 dentro del radicado 33409, la Corte reiteró la posición referente a que la posesión de sustancias estupefacientes que superen ligeramente el tope establecido por la Ley, no alcanza a lesionar los bienes jurídicos tutelados y por lo tanto esa conducta no era generadora de responsabilidad penal manteniéndose de esta manera una posición pacífica, a pesar de esta conclusión no revoca condena de un ciudadano que portaba 2.2 gramos de cocaína y 51.8 gramos de marihuana considerando que resultaba antijurídica porque el procesado no logró demostrar su condición de adicto.

La Corporación a partir de tales antecedentes realiza unas consideraciones a propósito a partir de la cantidad que se lleva consigo, cuando es insignificante o supera ligeramente el límite establecido para la dosis personal, caso en el cual carecerá su conducta de lesividad porque resultaría insignificante. Empero, un

exceso para el consumo será antijurídico porque haría presumir un riesgo para la salud pública, orden económico y social y seguridad pública.

Así mismo, a partir de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2009 le dio al consumidor la calidad de sujeto materia de protección Constitucional reforzada, por cuanto se trata de un enfermo bajo la garantía de una discriminación positiva ya que es el Estado el que debe promover medidas terapéuticas y pedagógicas en su favor. Señaló la Corporación que los delitos referidos al tráfico, fabricación o porte de estupefacientes son de carácter abstracto porque pueden suponer además de la afectación del bien jurídico de la salud Pública y otros bienes jurídicos, pero al establecerse una presunción de derecho la misma puede ser desvirtuada demostrando la condición de adicto. Señaló que la tendencia internacional se encuentra orientada a la despenalización del uso de drogas mediante el desincentivo de medidas penales para los enfermos conforme a los informes presentados por parte de la Organización Mundial de la Salud.

De los anteriores consideraciones la Corte concluye en primer lugar, que el porte para consumo de sustancias estupefacientes no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos, en segundo lugar que el drogadicto es una persona enferma bajo especial protección constitucional, en tercer lugar que desde el punto de vista punitivo no se puede dar doble condición al consumidor como enfermo pero a su vez como un comportamiento antijurídico, y por último que la cantidad encontrada no es el único elemento definitorio para establecer la responsabilidad penal sino que

se tiene que mirar los diferentes elementos con que se cuente el juzgador para establecer o no la licitud del porte.

Así las cosas, la Sala resuelve no casar la sentencia cuestionada por parte de la Fiscalía General de la Nación por cuanto si bien es cierto al procesado le fue encontrada sustancia estupefaciente que superaba ligeramente la dosis personal, se logró establecer con hechos probados tales como declaraciones de familiares la condición de adicto, conforme al lugar que fuere encontrada se trata de un sitio donde hay gran afluencia de consumidores, la sustancia se encontraba dentro de una presentación personalizada, razón por la cual su conducta se encuentra cobijada por los parámetros establecidos en el Artículo 49 de la Constitución Nacional.

Por último, esa Judicatura hizo un llamado a la Fiscalía General de la Nación y a los organismos de investigación, para que la persecución penal se dirigiera hacia los verdaderos traficantes de narcóticos por cuanto son ellos los que efectivamente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos tutelados; de igual manera requiere al ente acusador para la realización de un mayor acopio de elementos de conocimiento previo a la formulación de una imputación y de esta manera entrar a ratificar o desvirtuar esa presunción de lesividad porque de no ser así se estaría convalidando el inicio de causas penales irrazonables cuyo éxito dependería de la capacidad probatoria de la contraparte, razón por la cual no casa la sentencia accionada y promovida por parte de la Fiscalía.

1.5.2. Sentencia SP 2940/2016

Mediante providencia bajo el radicado No 41760 siendo Magistrado Ponente el Dr. Eugenio Fernández Carlier,⁶⁰ la Sala entre estudiar una demanda de casación en contra de un Juzgado Penal del Circuito de San Gil (Santander) y que es confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de esa territorialidad, mediante el cual se condenó a un soldado regular quien fuere encontrado en las instalaciones de un batallón del Ejército portando dentro de uno de sus bolsillos 50.2 gramos de marihuana, el cual resultare condenado a 9 años y 10 meses de prisión, en atención a que se trataba de una conducta agravada por ser cometido dentro de la guarnición militar y básicamente porque la sustancia encontraba supera más del doble el tope de la dosis personal.

Postuló el recurrente de la defensa, el desconocimiento del principio de lesividad por cuanto a su juicio el procesado con su conducta no lesionó ni puso en peligro ningún bien jurídico tutelado, señalando que la sustancia encontrada a su prohijado era para su consumo y se encontraba dentro de la categoría de dosis de aprovisionamiento en razón a que se trataba de un ciudadano que se encontraba acuartelado y por tanto portaba esa cantidad de sustancia por la dificultad de obtenerla bajo esas condiciones. Indicó la defensa, que por parte de la Judicatura se desestimó el testimonio del médico tratante quien acreditó la condición de adicto

⁶⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Radicación 41760 de 2016.

del condenado, y un compañero soldado del Ejército Nacional donde se demostró que la intención del encartado nunca fue comercializar la sustancia.

Previo a resolver la Corte, recordó que la Ley 1566 de 2012 tiene por objeto garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas y que al dar una interpretación a esta normatividad se traduce que el farmacodependiente no puede ser tratado por esa condición como un delincuente, sino que se debe distinguir el contexto de uso para consumo de los relativos al narcotráfico, puesto que son los últimos los que requieren un tratamiento punitivo. Se preguntó entonces si la afectación de los bienes jurídicos tutelados dependía de si la cantidad superara de manera leve el tope de la ley 30 de 1986, o si por el contrario ese límite era desbordado ampliamente. Indicó la Corte la existencia de pronunciamientos referidos al porte de estupefacientes donde opera el “*iurus tantum*”, es decir que opera la presunción legal que admite prueba en contrario referente a la condición de adicto a una persona, reiterando que el consumo de estupefacientes no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos.

Bajo los anteriores razonamientos, refiere la Corte que la conducta desplegada por parte del portador de sustancias estupefacientes se tiene que mirar desde la tipicidad y no desde la antijuricidad, por cuanto tratándose de consumidores o adictos que la lleven consigo con esa específica finalidad no pueden ser judicializados por parte de la Justicia Penal y el proceder es competencia de las autoridades administrativas nacionales, departamentales o municipales, constituyéndose en un criterio establecer si surge de la necesidad del sujeto bajo

un criterio de razonabilidad, es decir, que la acción del sujeto debe ser compatible con el consumo sin que se convierta en un almacenamiento discriminado de cantidades o momentos para su uso repetitivo.

Así las cosas, concluye la Corporación que la dosis personal genera atipicidad de la conducta, no solo frente al límite establecido en la Ley 30 de 1986 sino en cantidades superiores siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto dada su situación de adicto, situaciones que permiten prueba en contrario para demostrar esa condición, generando la atipicidad de la conducta dependiendo de la finalidad cierta de consumo personal mediante circunstancias modales, temporales o espaciales.

Conforme a lo anterior, resuelve la Sala el caso concreto argumentando que frente al comportamiento desplegado por el soldado tenía como finalidad exclusiva el uso personal en consideración a su dependencia como consumidor, tal y como se había acreditado por el médico tratante de la defensa, testimonios que resultaron concluyentes frente a la condición de adicto y el contexto del lugar, donde se estableció que es frecuentado por parte de consumidores, por lo tanto se trató de una dosis autorizada constitucionalmente, resultando una conducta atípica siendo procedente una medida pedagógica, profiláctica o terapéutica de orden administrativo y no de carácter penal como ocurrió en el presente caso, razones por la cual casa la sentencia y ordena la libertad inmediata del implicado.

1.5.3. Sentencia SP -9916/2017

Los hechos jurídicamente relevantes para resolver el recurso de casación interpuesto por la parte defensiva, correspondieron a dos ciudadanos que fueron capturados por parte de los miembros de la Policía Nacional, quienes presunta y previamente por información vía radial, al parecer se encontraban en vía pública, en un parque vendiendo sustancias estupefacientes, y al llegar al lugar al observar la presencia de los miembros de la Policía Nacional, arrojaron al piso 1 bolsa que contenía 5.5 gramos de cocaína y 1.3 gramos de marihuana, la suma de ochenta y tres mil pesos y una libreta con un listado presuntamente de clientes; por estos hechos uno de los ciudadanos resultó condenado por parte de un Juzgado Penal del Circuito de Bello (Antioquia) y que fuere confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por el delito contemplado en el inciso 2 del Artículo 376 del C.P. Argumentó el casacionista, que para el presente asunto la conducta desplegada por el procesado carecía de antijuricidad material, por cuanto se trataba de un consumidor habitual quien llevaba consigo la respectiva dosis de aprovisionamiento para su consumo.

Los argumentos esgrimidos por parte de la Judicatura para condenar al procesado se circunscribieron a que el sentenciado no logró desvirtuar la presunción de antijuricidad, aunado a que la cantidad encontrada desbordaba los límites legales de la llamada dosis personal y la existencia de elementos de juicio que permitían establecer una probable actividad de distribución.

La corte entró a resolver siendo Magistrada Ponente la Doctora Patricia Salazar Cuellar⁶¹, explicando en primera medida que esa Corporación ha venido trazando una posición que conduce a la necesidad de establecer o diferenciar entre la condición de mero consumidor o una conducta relacionada con el tráfico de sustancias estupefacientes, por cuanto solamente en este último evento corresponde a una respuesta punitiva por parte del Estado. Señaló que hay una evolución jurisprudencial con tendencia a la despenalización de la conducta del “porte” de estupefacientes con fines de consumo por cuanto se trata de un sujeto de especial protección reforzada, recuerda sobre lo indicado por la Corporación a la presunción de antijuricidad “iuris tantum” cuando se trata de portadores inclusive cuando supera ligeramente el tope establecido en la Ley, es decir, que admite prueba en contrario.

Expresó la Sala que la conducta relacionada con el “porte” de estupefacientes, contiene un ingrediente subjetivo tácito, atinente al propósito del sujeto activo de la acción y en razón a ello la realización del tipo penal no depende básicamente de la cantidad de droga encontrada sino de la verdadera intención que se persigue por intermedio de la acción ejecutada. Refiere que la Corte ha venido consolidando una tesis frente al caso concreto; en primer lugar referida a que el “Porte” de estupefacientes es un delito de carácter abstracto donde la presunción de peligro es legal y por lo tanto le corresponde al Juez llevar a cabo un juicio de Antijuricidad con el fin de verificar si se creó un riesgo efectivo verificable empíricamente para el

⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, radicación 44997 del 11 de julio del 2017.

Bien Jurídico. En segundo lugar, que el consumidor, ocasional, recreativo o adicto no puede ser objeto de persecución penal por cuanto se trata de una conducta que no guarda afinidad con la distribución o el tráfico, con independencia de la cantidad frente al porte puesto que no se produce un menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos tutelados. En tercer lugar, el reconocimiento de un ingrediente subjetivo implícito en relación con la intención del portador. En cuarto lugar, que la presunción de antijuricidad es susceptible de desvirtuar aclarándose en este fallo que esta situación no genera la inversión de la carga de la prueba porque en materia penal esta se encuentra en cabeza del Estado y que las presunciones constituyen reglas probatorias mas no sobre la carga de la prueba.

Bajo este último postulado, se indica que en virtud del Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia corresponde al órgano encargado de la persecución penal la carga de la prueba y por lo tanto demostrar la existencia del delito, la intervención del sujeto en el mismo y su responsabilidad penal sin que exista razón Constitucional o Legal que establezca la inversión de esa carga en cabeza del procesado. Así lo dispone la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 11), el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Artículo 8).

En virtud de las disposiciones enunciadas, le corresponde a la Fiscalía General de la Nación la acreditación probatoria de los fines del “porte” de estupefacientes, si el mismo guarda relación con la distribución o con el tráfico y con ello la afectación o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, y en virtud del principio de

objetividad establecer situaciones relacionadas con la ausencia de responsabilidad conforme al Artículo 45 de la Ley 906 del 2004.

Así mismo, señaló la corporación que cuando la cantidad de droga estupefaciente supera al límite establecido para la dosis personal, resulta necesario recurrir a otros factores que determinen la lesividad bajo fundamentos normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento y la efectiva afectación del bien jurídico y no solamente al ambiguo tope establecido por la Ley 30 de 1986. No obstante, señaló la Sala que dejar al arbitrio de cada uno de los jueces definir si es insignificante o no las cantidades relacionadas con el porte que superen el límite de la dosis personal generaría una inseguridad jurídica ya que situaciones semejantes podrían resolverse de manera diferente ya que quedarían expuestas al capricho del juzgador.

Señaló esa Institución, que el criterio atinente a los límites cuantitativos establecidos en la Ley, riñen con el estudio de las condiciones personales del individuo, el grado de dependencia, necesidad, condición de consumidor adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecerse en cantidades superiores, situaciones que escapan de cualquier disposición legislativa. Lo anterior por cuanto le corresponde al operador judicial definir más que la cantidad lo concerniente a la finalidad de porte para consumo o no.

Con base en los anteriores argumentos, concluye ese órgano que la función de esos ingredientes subjetivos es definir el riesgo jurídicamente relevante y de esta manera

confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta dentro del proceso de imputación objetiva, señalando que los avances jurisprudenciales apuntan a la demostración del injusto con un ánimo de tráfico o de distribución mediante información objetiva recogida en el proceso penal. Por último, señaló que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo como componente del ingrediente subjetivo relativo al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes incumbe en todo momento al ente acusador quien legítimamente tiene la carga de la prueba de demostrar toda la estructura de la conducta punible.

Así las cosas, entró la Corporación a resolver el caso bajo estudio concluyendo que tanto el Juez como el tribunal se equivocaron al invertir la carga de la prueba, puesto que es una obligación Constitucional adscrita a la Fiscalía General de la Nación, indicando que en materia probatoria los miembros de la Policía Nacional nunca identificaron cuales fueron los miembros de la comunidad que suministraron la información de que el procesado junto con sus acompañantes se dedicaban actividades de expendio y en razón a ello se trató de un anónimo el cual no tiene vocación para ser medio de prueba conforme al Artículo 430 de la Ley 906 del 2004.

En segundo lugar, señaló la Corte, que en la audiencia de Juicio Oral no se indicó por parte de los policiales que hayan observado directamente una actividad de tráfico o de venta. En tercer lugar, resulta inadmisibles para la Sala, asumir como regla por parte del Tribunal y del Juez del Circuito que un consumidor una vez adquiere la sustancia se va de manera inmediata del lugar, puesto que se trata de una hipótesis que no resulta demostrable. En cuarto lugar, señaló que si bien es

cierto fue encontrada una libreta o cuaderno solamente fue una situación enunciada pero no vertida dentro del juicio oral. Por último, indicó no se logró comprobar una conexión del dinero encontrado con la conducta presuntamente ilícita.

Conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, indicó la Corporación que se configuraron errores de raciocinio por parte de la Judicatura, por cuanto no se cumplió con el estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable para condenar conforme al Artículo 381 de la Ley 906 del 2004, concluyendo la atipicidad de la conducta desplegada por el procesado en el caso en ese concreto y de esta manera emite fallo sustituyendo lo resuelto por el Juez Penal del Circuito y Tribunal, absolviendo al procesado y ordenando su libertad inmediata.

1.5.4. Sentencia SP 497/2018

Dentro de los últimos pronunciamientos sobre el tema que nos avoca, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia siendo Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuellar, para el día 18 de febrero del 2018 dentro de la radicación No. 50512, decide demanda de casación frente a una decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante el cual en segunda instancia revocó un fallo absolutorio proferido por un Juzgado Penal del Circuito de esa localidad, condenando a un ciudadano a la pena de 64 meses de prisión, quien para el mes de septiembre del 2013 en una requisita efectuada por parte de los miembros de la Policía Nacional le fuere encontrado 47 papeletas que luego de ser sometido a la prueba del PIPH dio positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto de 11.4

gramos, ciudadano que en segunda instancia se le negó el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, prisión domiciliaria y como consecuencia se ordenó captura para el cumplimiento de la pena en establecimiento carcelario.

En este asunto, la demanda de casación fue interpuesta por el Representante del Ministerio Público, señalando que el Ad Quem desconoció varias situaciones del proceso como lo es que en primer lugar que el Tribunal no examinó la finalidad de la conducta desplegada por el indiciado, que no se tuvo en cuenta el dicho del procesado al momento de la captura donde refería que era una persona consumidora, y de esta manera se trasladó la carga de la prueba a la parte defensiva siendo que esta es inherente a la Fiscalía General de la Nación.

Las razones del Tribunal para condenar al ciudadano se basaron en indicar que la cantidad encontrada en poder del capturado superaron en más de 10 veces el tope establecido para la dosis personal, aunado a que la defensa no logró probar que la cantidad encontrada tuviera como propósito la ingesta personal ni la adicción a este tipo de sustancias, concluyendo que un habitante de calle no tendría el poder adquisitivo de carácter económico para poder adquirir esas cantidades.

En la presente decisión adoptada por parte del máximo órgano Jurisdiccional en materia penal, se realiza un recuento de sus decisiones más recientes, señalando que el contenido del Artículo 376 del Código Penal y como se ha venido anotando a lo largo de este trabajo, se trata de un tipo que presenta multiplicidad de verbos rectores donde le corresponde al operador judicial examinar si de la situación fáctica

nos encontramos frente a una condición de consumidor o un accionar dirigido al tráfico de sustancias estupefacientes prohibidas.

Para resolver indica la Corte que conforme se ha venido trazando en los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, el peso o cantidad encontrada en cabeza del capturado deja de ser un elemento definitorio o determinante para establecer la lesividad de la conducta, comprendiendo que un consumidor o adicto a este tipo de sustancias puede portar una cantidad diferente a la legalmente establecida siempre y cuando lo realice con una finalidad de uso personal o aprovisionamiento, estableciendo la posibilidad de desvirtuarse en el juicio concreto de responsabilidad las acciones previstas en el verbo rector “llevar consigo”.

Así las cosas, señala que frente a estos casos en concreto, se han consolidado pronunciamientos uniformes donde se ha señalado que al ser delitos de peligro abstracto se trata de presunciones legales y no de derecho, donde el Juez debe llevar a cabo un juicio de Antijuricidad con el fin de verificar si efectivamente se ha creado un riesgo al Bien Jurídico, y de igual manera, si se trata de consumidores ocasionales, recreativos o adictos no pueden ser considerados como destinatarios del Derecho Penal cuando la conducta carezca de características afines al tráfico o distribución puesto que no se produce un menoscabo o peligro para los bienes jurídicos.

Conforme a lo anterior, esta Corporación indicó que el juicio valorativo realizado por parte de la Judicatura debe enmarcarse en el ingrediente subjetivo consistente en

el análisis del ánimo del sujeto activo, para establecer si se estaba frente al aspecto prohibitivo de la norma (tráfico o distribución) o se excluye la responsabilidad (uso personal o consumo propio), y por lo tanto ese juicio de lesividad debe estar basado en criterios normativos de relevancia jurídico Penal del comportamiento, soportado en información objetiva que permitan establecer la conformación del injusto típico compuesto por una finalidad atinente al tráfico y por lo tanto resultaría equivocado acudir exclusivamente al criterio cuantitativo para la configuración del mismo.

Frente a ese ingrediente subjetivo, expresa que en algunas ocasiones estos vienen de manera expresa por parte del Legislador y en otras son otorgados por parte de la jurisprudencia, y de esta manera se puede identificar con claridad la carga de intencionalidad y el sentido de la conducta, donde para el caso concreto la conducta relacionada con la variable portar o llevar consigo, el contenido del injusto se circunscribe a la demostración del ánimo por parte del portador si es para consumo o tráfico y de esta manera se define el riesgo jurídicamente relevante y la tipicidad o no de la conducta, sin que el aspecto cuantitativo sea del todo menospreciado sino que el mismo debe ser cotejado con toda la información objetiva recogida dentro del caso concreto, recordando que la carga demostrativa se encuentra en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

Conforme a los anteriores argumentos, la Sala casa la sentencia y revoca la decisión adoptada por parte del tribunal al condenar al ciudadano frente a la situación fáctica referenciada, ya que a su juicio en el caso concreto se vislumbraron varios errores a tener en cuenta, como lo es el traslado de la carga de la prueba al

ciudadano o parte defensiva puesto que a este no le corresponde demostrar su inocencia ya que esta se presume, sino que es al órgano persecutor el que tiene la carga de probar si además del peso o cantidad encontrada en poder del capturado se encontraba destinada para su distribución o no. De esta manera, señala la Corte que la segunda instancia adoptó un falso raciocinio al predicar que por el número de papeletas encontradas en poder del procesado y que un habitante de calle no tiene el dinero para adquirir la cantidad portada, se trataron de meras afirmaciones hipotéticas, sin que el ente acusador haya podido demostrar un propósito diferente al de un consumidor, y por lo tanto no se declaró ese estándar de convencimiento para condenar consistente en ese conocimiento más allá de toda duda razonable y como consecuencia de ello a consideración de la corporación existe duda acerca de la tipicidad de la conducta.

1.5.5. Sentencia SP 025/2019

Por último, se observa nuevamente como la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶², se pronuncia sobre el tema que nos atañe, al analizar un recurso de casación frente a la decisión del Tribunal de Antioquia del mes de julio del 2017, que confirmó una sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado

⁶² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, radicación 51204 del 23 de enero del 2019.

Promiscuo del Circuito de Segovia (Antioquia) que condenó a un ciudadano a la pena de 64 meses de prisión negando los subrogados de suspensión de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

Los hechos jurídicamente relevantes dentro del presente asunto tuvieron ocurrencia el día 28 de mayo del 2016, donde al realizarse un registro a personas a un ciudadano que se transportaba en una motocicleta al interior de un morral le fueren hallados presuntamente 30 cigarrillos con sustancia estupefaciente que luego de ser sometida al respectivo experticio PIPH dio positiva para marihuana y sus derivados con un peso neto de 50 gramos. Es preciso indicar, que al momento de formularse imputación le fue enrostrado el delito previsto en el Artículo 376 del Código Penal Vigente y le fuere impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión, siendo el verbo rector de “transportar”, y al momento de ser acusado los verbos rectores de “portar”, “distribuir” o “vender”.

Los argumentos presentados por parte de la defensa y del Ministerio Público dentro del recurso de casación, se circunscriben en señalar que tanto el Tribunal como el Juez de primera instancia en sus decisiones incurrieron en violación indirecta de la Ley por error de hecho, mediante un falso juicio de existencia de suposición, por cuanto se invirtió la carga de la prueba en el sentido de que le correspondía era al estado demostrar en el caso concreto la finalidad o destinación de la droga y no basarse simplemente en la cantidad que le fuere encontrado al sujeto.

La Corte para resolver el asunto cuestionado, expresó que de manera pacífica se ha sostenido un cambio gradual frente al flagelo del narcotráfico siendo claro que si se trata de consumidores se requiere un tratamiento de salud y no punitivo, reiterando que cuando se trate de la conducta prevista en el Artículo 376 del C.P. siendo el verbo rector “llevar consigo”, reclama un análisis por parte de los operadores judiciales en establecer un elemento subjetivo o finalidad referidos a la venta o distribución, indicando que la mera conducta aislada de portarla resulta atípica si no se allega dicha finalidad específica.

Así las cosas, la Corporación recuerda los postulados previstos en sentencias precedentes como lo son los radicados 50512 de fecha 28 de febrero de 2018, sentencia C-221 de 1994 que declaró inexecutable el Artículo 51 de la Ley 30 de 1986 que penalizaba conductas dirigidas al consumo de la dosis personal y sentencia C-689 de 2002, decisiones que resultaron fundamentales para establecer una evolución legislativa en relación a personas que destinan esas sustancias para su propio consumo de cara a despenalizar definitivamente ese tipo de conductas y en el caso de que se sobrepase ligeramente esos toques se trataría de conductas impunes, tal y como se previó en sentencia C-491 de 2012. Vuelve a recalcar esa judicatura que mediante sentencia dentro del radicado 42617 de fecha 12 de noviembre del 2014, se ha dejado por sentado que la cantidad llevada consigo de sustancia estupefaciente no es el único elemento definitorio de la antijuricidad, sino que hace parte de los tantos que el juzgador deberá valorar con el objeto de determinar la ilicitud de la finalidad del porte, aclarando que es un tema que ya ha sido ampliamente abordado y que han sido ratificados de manera pacífica y

uniforme donde se ha establecido que se trata de una presunción legal (*iuris tantum*) la cual para determinar la tipicidad de la conducta dependerá de la finalidad cierta en establecer si la droga es para consumo o no, hecho que fue explicado en sentencia radicado No 41760 de fecha 9 de marzo del 2016.

Deja por sentado la Corte que frente al tema relacionado se han consolidado las siguientes tesis: 1- Por tratarse de una presunción de peligro el juez deberá realizar un juicio de Antijuricidad con el fin de constatar si efectivamente fue creado un riesgo efectivo y verificable a un bien Jurídico tutelado. 2- El consumidor ocasional no puede ser objeto del Derecho Penal a no ser que su finalidad sea para distribución o venta. 3- cuando se trate de la conducta de “llevar consigo” sustancia estupefaciente, esa norma lleva implícita un ingrediente implícito ligada a la constatación de la intención del portador.

Se reitera por parte de la Corporación, que la cantidad encontrada a una persona no es determinante para enjuiciarlo, sino que se debe acudir a otros criterios normativos soportados en información objetiva que permitan establecer el propósito del portador o sujeto activo, y de esta manera realizar un juicio de lesividad frente al bien jurídico que se pretenda proteger, señalando que al constatarse esa finalidad o ingrediente subjetivo permite confirmar o rechazar la tipicidad en el plano de la imputación objetiva, dejándose a un lado el ambiguo criterio de la llamada dosis personal prevista en la Ley 30 de 1986.

Bajo las anteriores premisas, la Sala resolvió casar la sentencia para en su lugar revocar la decisión enunciada por parte del Tribunal de Antioquia y Juzgado del Circuito de Segovia, concluyendo que para el presente caso no se logró demostrar ese componente anímico (venta o distribución), siendo la Fiscalía General de la Nación la obligada a probar ese elemento subjetivo ya que si el mismo no se encuentra acreditado lo procedente es la absolución, y en virtud de lo anterior estimó que la segunda instancia se equivocó al asumir que el “llevar consigo” sustancia estupefaciente es suficiente para endilgar un actuar delictuoso y en razón a ello a su juicio se desconoce la exigencia subjetiva necesaria para completar la conducta típica, lo cual conllevó al fallador de primera y segunda instancia a una indebida interpretación de la norma sustancial. Por último, hace un llamado al Estado en el sentido de que el foco de ataque hacia el fenómeno del narcotráfico no debe ser el consumidor o mero portador, sino a las diferentes escalas criminales que permiten a las personas acceder a este tipo de sustancias estupefacientes, razón por la cual hace un llamado a los organismos de Policía e investigación para fortalecer la tarea en pro de la desarticulación de bandas criminales dedicadas a este tipo de actividades delictivas.

CAPITULO II

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL PORTE DE ESTUPEFACIENTES Y AFECTACION AL BIEN JURIDICO DE LA SALUD PÚBLICA

Introducción

Este capítulo tiene como propósito desarrollar el análisis de los elementos de carácter teórico que conforman la naturaleza axiológica del delito de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes en relación con el bien jurídico de orden general de la Salud Pública. Gracias a que existe una evidente tensión, entre, la política de lucha contra las drogas que expresa la política criminal del Estado de combate a todos los eslabones de la cadena productiva del narcotráfico y la salud pública que,

junto otros bienes jurídicos, resulta afectada por la comisión y el desarrollo de este delito y sus conductas derivadas. Esto hace que los fundamentos de la política criminal del Estado y los propósitos constitutivos del derecho penal, es decir, la condición del mismo como un derecho de *ultima ratio*, se trunquen por la influencia cada vez mayor de un enfoque restrictivo y punitivista que resulta ser poco efectivo en el combate a las causas del tráfico y fabricación de drogas ilegales en Colombia y en el mundo.⁶³

Como se vio el capítulo precedente, la normatividad en materia de estupefacientes se ha visto fuertemente influenciada por las tendencias normativas internacionales en la materia, en particular las lideradas por los Estados Unidos, quien ha desarrollado el enfoque prohibicionista y de combate frontal al tráfico y consumo de drogas ilícitas.⁶⁴ Por ello las penas, como correlato de este enfoque de política se han aumentado de manera paulatina; veamos cómo: La ley 30 de 1986 el Estatuto Nacional de Estupefacientes, norma que rige dicha política, definió en su artículo 2º., que la dosis para uso personal está descrita como la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos, y no es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona **lleve consigo**, cuando

⁶³ UPRIMNY YEPES, Rodrigo, Guzmán, Diana Esther & Parra Norato, Jorge Alberto. “*Diálogos de paz y drogas: posibilidades en medio y más allá del prohibicionismo*”. Bogotá, 2011. Revista Foro Nacional por Colombia. Edición 78 noviembre de 2011.

⁶⁴ SAULOY, Mylène. & LE BONNIEC. Yves. (1996) “¿A quién beneficia la cocaína? Bogotá D.C. 1996. Tercer Mundo Editores.

tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad. Es de especial importancia la manera en que el verbo rector afecta el propósito implícito del legislador en priorizar el enfoque prohibicionista y la manera en que este, permite a las autoridades judiciales y de policía tener un alto nivel de subjetividad en el tratamiento de los individuos que sean hallados con cantidades de estupefaciente que supere los mínimos admitidos tanto por la ley como por la jurisprudencia. (Subrayado fuera de texto)

En el año 2000 fue expedido el Código Penal, texto que sostiene en el capítulo II del título XIII que hace referencia a los delitos contra la salud pública, incluyéndose allí el delito contra la fabricación, tráfico y porte de estupefacientes (artículos 375 a 385). Más precisamente, en el artículo 376 se aumenta de nuevo las sanciones de prisión y multa para dicho delito, en tanto se plasma que “el que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, **lleve consigo**, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Subrayado fuera de texto) Por su parte, más adelante, con el Acto legislativo 02 de 2009, mediante el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política, se buscó prohibir el porte de estupefaciente, en tanto que dicho texto quedó de la siguiente manera:

*“Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad. El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto. Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos”.*⁶⁵

Finalmente, a través de la Ley 1453 de 2011, o Ley de Seguridad Ciudadana, se reformaron algunos artículos del Código Penal, de Procedimiento Penal, de Infancia y Adolescencia, y las reglas sobre extinción de dominio y se dictaron otras disposiciones en materia de seguridad. En el Capítulo I en el que se hace referencia a las medidas penales para garantizar la seguridad ciudadana, el artículo 11 modificó el artículo 376 de la Ley 599 de 2000. En éste, se incrementaron las sanciones del delito del tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, ya que se incurrirá, según el texto, en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a quien sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, **lleve consigo**, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y

⁶⁵ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, Acto Legislativo 02 de 2009.

cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas.⁶⁶
(Subrayado fuera de texto).

Es claro entonces, como el enfoque prohibicionista que ha imperado en el país, y que apeló al aumento de penas en la normatividad vigente sobre la fabricación, porte o tráfico de drogas ilegales, ha generado una situación en la que de un lado se desconocen los principios fundantes del moderno y liberal derecho penal, y de otro en el que se ha aumentado la congestión de los centros de detención y se ha impuesto una gran carga procesal a los operadores judiciales, carga que deben soportar en sus rutinas diarias de trabajo, sin que ello parezca tener resultados efectivos en materia de lucha contra la criminalidad o el aumento de producción de estupefacientes.⁶⁷ En síntesis, es plausible aseverar que la lucha contra las drogas no ha sido en términos de política criminal eficiente y efectiva tal y como lo asevera un reciente editorial del prestigioso diario estadounidense The New York Times.⁶⁸

A continuación se hará un análisis de las dificultades que desde el punto de vista conceptual y teórico existe en el ámbito del derecho penal con la estructura gramatical y composición del tipo penal a partir del verbo rector: Llevar consigo.

⁶⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Convenio sobre sustancias sicotrópicas 1971. Disponible en el siguiente enlace. https://www.unodc.org/pdf/convention_1971_es.pdf

⁶⁷ UPRIMNY, Rodrigo; Rodríguez Garavito, César Augusto y García Villegas, Mauricio. (2006). *“¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia”*. Bogotá. 2006. Barcelona, España. Grupo Editorial Norma.

⁶⁸ SHULTZ, P, George. y ASPE, Pedro. “El fracaso de la guerra contra las drogas”. New York. Diario The New York Times. 03 de enero de 2018. Página Editorial.

2.1 Elementos estructurales del tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes siendo el verbo rector “llevar consigo”

Una de las categorías estructurales que tiene el Principio de Legalidad se encuentra en la tipicidad en materia penal, categoría que se encuentra desarrollada en la Constitución Política de Colombia en el Artículo 29 y en el Artículo 6 del Código de Penal Vigente (Ley 599 del 2000). Según estas normas, se tiene que nadie podrá ser condenado sino conforme a las leyes preexistentes como desarrollo del principio universal de “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, razón por la cual los tipos penales contenidos en nuestro ordenamiento jurídico encuentran su vigencia a partir de esos principios constitucionales o internacionales, aunque son diversas las definiciones otorgadas a este concepto, el inolado profesor Reyes Echandía, la definió como:

*“...La tipicidad es el estudio de los tipos penales; el tipo ha de entenderse como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento, la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferentemente objetivo del tipo, y dicese preferentemente, porque algunas veces aparecen en el referencias normativas y subjetivas; la reprochabilidad pretende mostrar como el legislador ordinariamente describe conductas que merecen rechazo social y son, por lo mismo, dignas de reproche...”*⁶⁹

Al respecto resulta valido afirmar que el concepto de tipicidad o tipo penal resulta como consecuencia del Principio de Legalidad y como consecuencia de

⁶⁹ ECHANDÍA., Alfonso. Reyes. (2017, undécima edición), pág. 98. *Derecho Penal*. Bogotá: Temis. 2017.

comportamientos ofensivos contra el orden público o privado con relevancia penal.⁷⁰

A su vez, el profesor Jesús Orlando Gómez López, luego de realizar un análisis de las escuelas causalistas, finalistas y normativas, define el tipo penal como:

*“una estructura legal, una fórmula utilizada por la Ley para definir y describir con todos sus elementos básicos la conducta delictiva; por tanto, la finalidad del tipo penal es definir la conducta que se considera punible, describiendo además el daño o el peligro efectivo de daño que genera el comportamiento para un bien jurídico. El tipo es un mecanismo legal, un modelo de conducta prohibida previsto de manera cierta e inequívoca en la Ley Penal, bien sea que contenga en su descripción la totalidad de elementos, o que se remita a otras normas para darle contenido y alcance a sus elementos...”*⁷¹

De esta manera, en la Ley 599 del 2000 en su Artículo 10, se señala respecto a la tipicidad sostiene que *“...La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal...”*, así las cosas, resulta preciso señalar que la tipicidad determinada por parte del legislador en Colombia establece que además de cumplir con el principio de legalidad, las disposiciones deben ser inequívocas y claras, entendiéndose por ello de que en la disposición penal no admite duda frente al comportamiento desplegado por el sujeto activo de la acción como delictual.⁷²

Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2 de agosto del 2000, indicó que *“...aquellas normas ambiguas, extremadamente generales e indeterminadas, esto es, las que consagran como hechos punibles*

⁷⁰ VELÁSQUEZ, VELÁSQUEZ, Fernando. (2013). “Manual de Derecho penal, parte general”. 5ª. ed. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2013. Pág. 28.

⁷¹ LÓPEZ. Jesús. Gómez. (2015). *La tragedia de la droga. Esquema de la teoría del delito*. Bogotá: Ibáñez. (2015), Pág. 7.

⁷² Ibídem. Pág. 8.

*comportamientos cuya descripción resulta inexacta, difusa o imprecisa, desconocen el mandato contenido en el artículo 29 de la Constitución, pues permiten diferentes interpretaciones y dan lugar a la arbitrariedad judicial...*⁷³ de lo anterior es preciso señalar que una norma de carácter penal que no cumpla con esos criterios resultaría abiertamente inconstitucional; en lo referente a que la Ley Penal tiene que estar de manera expresa, la Corporación en esa misma sentencia señaló que “...La taxatividad consiste en la descripción de los hechos que merecen reproche penal, se hace de manera precisa y delimitada en relación con una circunstancia o situación específica, abstracta y objetiva, sin que ello sea obstáculo para que en algunas oportunidades existan elementos subjetivos, normativos o complementarios, directos, y/o indirectos y/o circunstanciales...”⁷⁴ con ocasión de lo mencionado es claro que una norma jurídica de carácter penal por lo menos debe contener de manera taxativa los sujetos, el objeto material o jurídico, ingredientes normativos y pena, no obstante, pueden existir ordenamientos jurídicos alternos que complementen el tipo penal de manera directa o indirecta frente al ingrediente subjetivo o conceptos concernientes a otras ramas del Derecho.⁷⁵

2.1.1. Los sujetos

⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Expediente D-2787 del 2 de agosto del 2000.

⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 996 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁷⁵ VEGA, ARRIETA. Harold. (2016). “El análisis gramatical del tipo penal”. Bogotá 2016. En Justicia, 29, 53-71. [http:// dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1233](http://dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1233)

Dentro del ordenamiento jurídico penal generalmente la norma describe quien realiza la conducta por un lado y por el otro sobre quien recae o perjudica esa conducta o titular del bien jurídico tutelado; respecto a lo anterior podríamos decir que el primer supuesto es el denominado el sujeto activo y el sujeto pasivo. El primer aspecto que se refiere al sujeto activo la doctrina lo ha definido como “...*Con este nombre se conoce al autor de la conducta típica; también se lo llama agente, actor sujeto-agente...*”.⁷⁶ A su vez el sujeto pasivo como “...*Entiéndase por sujeto pasivo la persona titular del bien jurídico que el legislador protege en el respectivo tipo legal y que resulta afectada por la conducta del sujeto agente...*”.⁷⁷

Conforme a los anteriores definiciones podríamos decir que el delito contenido en el Artículo 376 de la Ley 599 del 2000, trae un sujeto activo indeterminado puesto que la enunciada norma trae como autor “el que”, es decir, se trata de un delito que puede ser cometido por cualquier sujeto, salvo que se trate de menores de edad que se regirán por el procedimiento especial previsto Sistema General de Responsabilidad Penal para Adolescentes (Ley 1098 de 2006), Indígenas que se regirán frente a su propia jurisdicción siempre y cuando se cumplan con algunos criterios:

“...El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir, por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad. En este sentido, se constituye en un mecanismo de preservación étnica y cultural de la Nación colombiana en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e

⁷⁶ Ibídem. Reyes Echandía. Pág. 101.

⁷⁷ Ibídem. Reyes Echandía. Pág. 107.

*instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio dentro del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante...*⁷⁸

En el mismo sentido y frente a los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública, es la misma Constitución Política que ha señalado en el Artículo 221 que estos funcionarios en servicio activo y en relación con el mismo conocerán las Cortes Marciales o los tribunales militares por medio de la Justicia Penal Militar, siempre y cuando las conductas punibles guarden relación estricta con actos del servicio.⁷⁹

Frente al sujeto pasivo de la acción podríamos decir que se trata de una colectividad en general puesto que el bien jurídico tutelado es el de la salud pública conforme a lo dispuesto en el título XIII de la Ley 599 del 2000, al respecto el máximo órgano Constitucional ha señalado que un bien colectivo goza de unas características como lo es “...1...Sirve a los intereses de un número indeterminado de personas...2. Puede ser disfrutado por cada uno de los miembros de la sociedad y se beneficia de él cada ciudadano en igual medida...3. Permite la participación de los individuos en el sistema social garantizando que estos puedan interactuar sin que hayan obstáculos que le impidan o trastornen su desarrollo psicofísico... 4. La “acumulación” de acciones individuales en el tráfico y el consumo de

⁷⁸ Véase CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁷⁹ ANDREU, Guzmán. F. (2003). “Fuero Militar y Derecho Internacional”. Bogotá. 2003. Editores. Comisión Internacional de Juristas. Comisión Colombiana de Juristas

*estupefacientes puede generar un perjuicio grave en la salud pública, sobre todo, pone en peligro la de las futuras generaciones...”*⁸⁰

2.1.2. La conducta

La conducta dentro del tipo penal, se encuentra dispuesta por uno o varios verbos rectores, es decir, las formas como pueden ser cometidas las diferentes actividades delictivas por parte del sujeto activo, es así que el verbo rector es un elemento definitorio y esencial de la norma penal, tal y como la anota (Echandía, Reyes) *“...desde el punto de vista gramatical la conducta típica es una oración, su contexto gira en rededor del verbo principal o único que la gobierna; por eso se le llama “verbo rector” o “núcleo rector del tipo”...”*⁸¹

De esta manera el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el Artículo 376 del Código penal Vigente Colombiano, dispone que la conducta tiene distintas modalidades para ser cometida como lo son los verbos de introducir, sacar, transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, adquirir, financiar o suministrar; de lo anterior resulta evidente que se trata de un tipo penal compuesto, por cuanto el mismo posee un número plural de formas en que puede ser cometido y por tanto el tratamiento en materia de ejecución penal y probatoria adquiere rasgos procesales específicos que el operador judicial debe observar con

⁸⁰ GÓMEZ. OTÁLORA, Jorge A. (2016). Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia), pág. 137. *Derecho Penal. Aspectos Dogmáticos y Procesales del delito de Narcotráfico.*

⁸¹ ECHANDÍA. Alfonso. Reyes. (2017, undécima edición), *Derecho Penal*. Bogotá: Temis. Pág. 107.

rigor para no afectar las garantías constitucionales y derechos mínimos atribuibles a los eventuales procesados por la comisión de dichas conductas.⁸²

2.1.3. El objeto

La doctrina ha señalado que frente al objeto este tiene una doble connotación puesto que se concreta con objeto jurídico definido como “..*Objeto jurídico.- Entiéndese por objeto jurídico el interés que el Estado busca proteger mediante los diversos tipos penales y que resulta vulnerado por la conducta del agente cuando ella se acomoda a la descripción hecha por el legislador...*”⁸³, que para el caso concreto sería el de la Salud Pública previsto en el Título XIII de nuestro actual Código Penal, lo que no permite señalar que el tipo penal efectivamente se concreta con la Lesión o puesta en peligro de ese bien jurídico tutelado para lograr esa convivencia entre sus conciudadanos.

Frente al objeto material, este se define como “...*Objeto material.- Entiéndese por objeto material aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo y hacia el cual se orienta la conducta del agente...*”, que para el caso del delito de porte de estupefacientes la conducta recaería sobre un conglomerado general de personas, todas y cada una de ellas titulares de un bien colectivo de la salud pública.

⁸² GÓMEZ LÓPEZ Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal. (2005). (La Tipicidad). Tomo III. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley. 2005. Pág. 31.

⁸³ ECHANDÍA. Alfonso. Reyes. (2017, undécima edición),. *Derecho Penal*. Bogotá: Temis. Pág. 109

2.1.4. Ingredientes Especiales del Tipo

Los ingredientes del tipo básicamente se ha clasificado en dos, uno de ellos de carácter normativo y el otro subjetivo, para lo cual se analizaran a partir del delito contemplado en el Artículo 376 del Código Penal siendo el verbo rector “llevar consigo”.

El ingrediente normativo dentro del tipo penal cumple la función de concreción del mismo “...sirven para cualificar a los sujetos activo o pasivo o al objeto material, o para precisar el alcance y contenido de la conducta misma o de una circunstancia de ella predicable...”⁸⁴, al realizarse un análisis del tipo penal de porte de estupefacientes, se deduce que el primer elemento normativo es la expresión de “sin permiso de autoridad competente”, es decir que si el agente cuenta con el debido permiso expedido por parte del Estado, representado en la autoridad administrativa como es el Consejo Nacional de Estupefacientes para el porte de narcóticos, se excluye la responsabilidad por estar amparado en una circunstancia legal como quien de manera análoga cuenta con el debido salvoconducto para portar un arma de fuego. Otro ingrediente normativo es el alcance de conceptos que se encuentran consignados en el tipo penal como “sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas”, los cuales se encuentran definidos por reenvío

⁸⁴ ECHANDÍA. Alfonso. Reyes. (2017, undécima edición). *Derecho Penal*. Bogotá: Temis. Pág. 113.

específico dentro de la Convención de las Naciones Unidas de sustancias sicotrópicas.

De lo expuesto en el párrafo anterior, es posible deducir que se trata de un tipo penal en blanco o normas de reenvío puesto que son complementadas por parte del Convenio Único de las Naciones Unidas de 1971 en lo que refiere a la caracterización de las sustancias ilícitas tipificadas y mediante el Estatuto Nacional de drogas previsto en la Ley 30 de 1986. y al respecto se ha dicho que *“Con toda resulta materialmente imposible o al menos engorros que el tipo legal contenga en su fórmula definitoria el contenido y sentido de todos y cada uno de sus elementos por lo cual en muchos casos el tipo hace remisión a otras normas de la realidad jurídica, cultural científica o social, para derivar de allí el sentido o contenido de las definiciones típicas. Lo anterior se conoce como “normas de reenvío” o comúnmente como “normas en blanco”.*⁸⁵

En lo que se refiere al ingrediente subjetivo se ha dicho que *“...En ocasiones la mera descripción de una conducta no es suficiente para comprender su ilicitud, sino que es necesario referirla a determinado y concreto propósito del actor...”*⁸⁶, aunque de la lectura del tipo penal de porte de estupefacientes no se encuentra contemplada ninguna circunstancia de manera expresa, es la misma Corte Suprema de Justicia Colombiana en los últimas sentencias sobre este tema y que ya han sido

⁸⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. Casación 17 de septiembre de 2018, Radicado 29772

⁸⁶ ECHANDÍA. Alfonso. Reyes. (2017, undécima edición), *Derecho Penal*. Bogotá: Temis. Pág. 113.

estudiados dentro del presente trabajo investigativo, donde el máximo tribunal ha manifestado que la Jurisprudencia otorga ingredientes subjetivos de carácter tácito con el fin de que se puedan identificar con claridad la carga de intencionalidad y el sentido de la conducta, que para el caso concreto esa demostración por parte del Estado en cabeza de la Fiscalía General de la Nación en establecer si el portador lo hace con fines de consumo o de tráfico, ya que en la primera circunstancia podría estar por fuera de la órbita de la persecución penal.⁸⁷

2.1.5. El porte de estupefacientes como un delito de peligro abstracto

Mediante Sentencia dentro de la radicación 50512 de fecha 28 de febrero del 2018, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que al interior de esa Corporación se ha venido consolidando línea jurisprudencial en el sentido de señalar que este tipo de delitos son de peligro abstracto, donde hay una presunción de peligro Legal y no de Derecho, razón por la cual le corresponde al Juez llevar a cabo un juicio de Antijuricidad con el fin de verificar si efectivamente se lesiono o puso en peligro al Bien Jurídico Tutelado, que para el presente caso es el de la Salud Pública.

⁸⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. Casación de fecha 18 de febrero del 2018. Radicación 50512.

Así las cosas, si bien es cierto que la doctrina ha definido que los delitos de peligro abstracto “...son aquellos en los cuales la comisión de la acción implica ya la existencia del peligro...”⁸⁸, no puede dejarse de lado observar lo dispuesto por el Código Penal Vigente (Ley 599 del 2004) en su Artículo 11, donde al referirse a la Antijuricidad se desprende que a pesar de tratarse de delitos de peligro, los mismos requieren que para la configuración de un actuar delictivo deberá necesariamente estar bajo un supuesto de peligro efectivo, razón por la cual es al operador judicial al que le corresponde valorar si para el caso concreto la acción desplegada por parte del portador de sustancias estupefacientes efectivamente ponen en peligro ese bien jurídico tutelado de la Salud Pública.

2.2. Estructura del delito: Tráfico, Porte o Fabricación de Estupefacientes

Los principales doctrinantes del derecho penal emplean en la estructura de la teoría del delito, una figura retórica concordante con el símil de una escalera compuesta por cuatro peldaños, en el que cada uno posee el nombre de uno de los elementos que delimitan el hecho punible: El primer peldaño se llama “conducta” El segundo peldaño se denomina “tipicidad” El tercer peldaño lleva como nombre “antijuridicidad” El cuarto peldaño se titula “culpabilidad”.⁸⁹ En tal virtud, el derecho penal señala que las conductas punibles para que sean consideradas en cuanto

⁸⁸ LÓPEZ. Jesús. Gómez. (2015), *Esquema de la teoría del delito*. Bogotá: Ibáñez. Pág. 104.

⁸⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Derecho Procesal Penal. Tomo II Buenos Aires. Rubizal Culzoni. Pág. 40.

tales deben ser típicas, antijurídicas y culpables, esto es que las mismas sean cometidas con arreglo a la violación de preceptos previamente establecidos, en virtud del respeto por los principios de legalidad y tipicidad que se vulnere o se ponga en peligro un bien jurídico tutelado y el juicio de reproche.⁹⁰ En el mismo sentido se entiende que el tipo penal está compuesto por una oración gramatical, que como cualquiera otra, está estructurada por una serie de elementos, que deben verificarse para concluir la tipicidad de la conducta. Por ello en nuestro ordenamiento jurídico se tiene que en el artículo 376 del Código Penal, modificado por la Ley 1453 de 2011, se tipifica el delito de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes de la siguiente manera:

*“El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, **lleve consigo**, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión”⁹¹ (Subrayado fuera de texto)*

La naturaleza conceptual de este delito tiene en su estructura dos partes concomitantes por tanto es considerado como un tipo compuesto, es decir aquellos tipos que tienen pluralidad de conductas en él (dos o más conductas descritas en el que pueden conformar un tipo autónomo cada uno, pero que con unión se crea una independencia creando un nuevo tipo, el compuesto).⁹² De un lado el tipo penal tiene un carácter objetivo consistente en la tenencia u posesión de la droga o los

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 297 de 2016. Magistrada Ponente. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹¹ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000, Artículo 376

⁹² POSADA MAYA, Ricardo. (2012). El delito continuado. Bogotá. Revista N° 38 Ene.-Mar. 2012.

estupefacientes, y de otro lado, un elemento de carácter subjetivo que consiste en la actitud personal de que dicha posesión, y su uso, cuando este se relacione de manera directa con fines de comercialización, promoción o venta.⁹³ Lo anterior porque la redacción del artículo se compone de varios verbos rectores, doce en total, verbos que, aunque describen elementos facticos referidos a la conducta delictual de narcotráfico, determinan en grado dispar, el nivel de gravedad de las conductas para cada caso en concreto, y por consiguiente abre el camino para que cualquier forma de porte de estupefacientes pueda ser penalizada, al obviar la excepción punitiva para quienes hagan uso de la dosis mínima o personal.⁹⁴

Por lo anterior resulta claro que el tipo subjetivo del delito de tráfico requiere del dolo del autor del mismo, por cuanto debe presumirse en forma enteramente subjetiva y conjetural que el infractor posee plena conciencia de que en el ejercicio de su conducta delictual está favoreciendo, facilitando o promoviendo el consumo de drogas ilícitas a la luz de la disposición del Código Penal, así como, la certeza de que esta actitud tiene graves consecuencias para la salud e integridad de sus cogenerees, en virtud de lo nocivo de dichas sustancias. Por tal razón y dado que el delito de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes está estructurado a partir del uso sistemático y diferenciado de varios verbos rectores, junto con la descripción sustantiva de varios comportamientos relacionados con la dinámica de los

⁹³ MOLINA, PÉREZ, Teresa. (2005). El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. Argentina. Anuario Jurídico y economice Escorialense. XXXVIII 2005 93 – 116.

⁹⁴ GUZMÁN RODRÍGUEZ, D. y UPRIMNY YEPES, R. (2013). Pensar el problema de las drogas junto a la paz. Noviembre 7 de 2013. En Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/pensar-el-problema-de-las-drogas-junto-a-la-paz/>

estupefacientes, impide que prevalezca una precisión objetiva respecto del objeto material de cada uno de ellos en relación con los otros.⁹⁵

Esta característica específica de la construcción del tipo penal, hace que se resalte procesalmente el empleo del carácter subjetivo del delito en mención, haciendo que los operadores judiciales y las autoridades de policía interpreten de manera restrictiva y punitivista los verbos rectores de la disposición normativa, en especial el “Llevar consigo”, lo que en la práctica permite que en una gran parte de los casos sean investigados casi que con exclusividad a los adictos o consumidores habituales u ocasionales tal como lo muestra el estudio presentado por el profesor Uprimny Yepes, gracias a que, con el porte de la dosis de aprovisionamiento, terminan afectando solo y exclusivamente su propia salud y, por ello, dicha acción individual carece por entero de lesividad, y por tal razón y bajo lo dispuesto, tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia, no podría ser tomado como un delito.⁹⁶ Lo anterior trae severas consecuencias, pues si bien ya se afirmó que la dosis mínima se encuentra despenalizada, las dificultades estriban en el hecho constante, en el que, la captura de personas que fueron encontradas en posesión de mínimas cantidades de estupefacientes, que excedían ligeramente las cuantías descritas en la ley y fueron objeto de sanciones penales, sin que los

⁹⁵ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. UNODC. Aportes desde el derecho penal, el derecho internacional y las organizaciones no gubernamentales. Bogotá D.C. Convenio Interinstitucional – Universidad del Rosario. 2009. Pág. 60.

⁹⁶ Diario El Tiempo. Bogotá D.C. En porte de drogas, fallo avala derecho a auto daño Consumidores con dosis mayor a lo permitido –con fines no comerciales- son enfermos. Por: Milena Sarraide Duque 04 de abril 2017. Sección Justicia.

operadores judiciales pudieran demostrar objetivamente que dichas sustancias tenían como propósito su comercialización o venta.

El profesor Rodrigo Uprimny de la Universidad Nacional señala a este respecto:

*“algunas de las descripciones son excesivamente abiertas, de manera que falta mucha claridad en su delimitación; en otros hay ausencia de precisión sobre la relación entre ciertos comportamientos definidos por los verbos rectores y el objeto material; otras veces falta claridad entre las circunstancias modificadoras de la punibilidad y los verbos rectores, todo lo cual afecta gravemente el principio de legalidad”.*⁹⁷ La dosis mínima fue despenalizada por vía jurisprudencial por acción de las cortes constitucional y suprema de justicia y legalmente por la ley 80 norma vigente también extingue la acción penal. No obstante los elementos constitutivos del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes al traer consigo en su redacción diversos verbos rectores que se componen de un nivel de gravedad dispar y subjetivo, en la práctica da cabida a que se haya criminalizado a los consumidores y adictos. En tal sentido un estudio reciente de la Corporación Excelencia en la Justicia muestra como los despachos judiciales se hallan hoy congestionados gracias a la abultada carga generada por procesos de porte de sustancias estupefacientes de quienes son consumidores habituales de las mismas.⁹⁸ Razón de más para regular el consumo de estupefacientes, específicamente en lo que atañe al verbo rector portar o llevar consigo, en tanto que

⁹⁷ Ibídem. UPRIMNY YEPES & Parra Guzmán. Pág. 4.

⁹⁸ Corporación Excelencia en la Justicia. Balance del funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio. Boletín de actualización 2012 – 2014. Disponible en: <file:///C:/Users/Cristhian/Desktop/Balance%20SPA%202012-2014.pdf>

la adicción a los estupefacientes es una problemática que más que un tratamiento carcelario, requiere la implementación de un tratamiento psicoterapéutico y de programas sociales que prevengan que este tipo de conductas se presenten.

No obstante al acervo jurisprudencial que existe en Colombia se sigue penalizando esta conducta, especialmente en la acción de los operadores jurídicos en el devenir cotidiano del sistema judicial, esto sobre la base del uso de argumentos tales como que, un tratamiento laxo de esta conducta penal, estaría en contravía de bienes jurídicos protegidos por la Constitución Política, lo que se traduce entonces en que quien incurre en la acción de consumo de estupefacientes, debe asumir similares sanciones de quien cometa delitos relacionados con la producción y tráfico de estupefacientes.⁹⁹ A pesar de la abierta subjetividad del tipo penal, no hace que se establezca una relación material entre la comisión de la conducta punible en el terreno concreto y la tipicidad de la pena descrita en la redacción del delito, razón por la que los demandantes en los procesos de defensa jurídica sostienen que no puede establecerse penas a quien no ha cometido efectivamente una conducta antijurídica, es decir, se estaría en un escenario en el que se interponen sanciones por las conductas futuras, eventuales y subjetivas lo que en palabras de la corte suprema de justicia configuraría una ausencia de tipicidad subjetiva.¹⁰⁰

⁹⁹ En este punto el artículo de Uprimny Yepes hace especial énfasis. Incluso llega afirmar con base en el examen de la situación carcelaria en Colombia que este tipo penal se aplica en su abrumadora mayoría a sujetos en condición de marginalidad y pobreza lo cual desconoce principios enteros del derecho penal y de la Constitución Política de Colombia.

¹⁰⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal, Expediente D-2787 del 2 de agosto del 2000.

2.2.1. Análisis del delito en el esquema clásico o metodología causal

El derecho penal es concebido en materia doctrinal como un conocimiento en el marco de la Ciencias Sociales y jurídico hermenéuticas, como un estudio racional de la conducta, que permite sistematizar el ilícito criminal a partir de una elaboración conceptual de carácter analítico.¹⁰¹ Por ello el delito aquí analizado se puede descomponer en tres partes o categorías dogmáticas, comenzando por la acción y terminando por la culpabilidad y continuando por la tipicidad y la antijuridicidad.¹⁰² En tal virtud el delito se define como la realización de una conducta humana en la cual resulta indispensable verificar su ubicación funcional en una descripción legal previa, su contradicción estructural con dichas normas, y que el autor de la conducta haya podido comportarse de conformidad con los parámetros insertos en la legalidad en el marco de las circunstancias del caso concreto.¹⁰³

En el caso del delito de fabricación, tráfico, porte y distribución de estupefacientes es claro que el esquema clásico se corresponde con la dinámica interna de la comisión de la conducta antijurídica. Puesto que la conducta de porte de sustancias estupefacientes está tipificada y es a la luz del supuesto general de cuidado de la Salubridad Pública plenamente antijurídica. No obstante la culpabilidad en este apartado penal se pone en cuestión puesto que en el primer caso, en el cual el

¹⁰¹ ARAQUE MORENO, Diego. (2015). Lecciones de derecho penal. Bogotá 2015. Ibáñez. Pág. 167.

¹⁰² Óp. Cit. Reyes Echandía.

¹⁰³ Ibídem. Pág. 167.

sujeto que es capturado en flagrancia en poder de sustancias prohibidas por la norma, está sujeto a la interpretación de la autoridad judicial respecto del uso de las mismas cuando las lleva consigo.¹⁰⁴

Por ser un delito compuesto y complejo, el grado de subjetividad entre el nexo causal de la conducta antijurídica y la afectación al bien tutelado por la norma es muy alto. Ello porque la Corte Constitucional ha despenalizado el porte de la dosis mínima y porque además la Corte Suprema ha descrito en su jurisprudencia la dosis de aprovisionamiento que se observa cuando al ciudadano se le encuentra en posesión de una cantidad ligeramente superior a la mínima despenalizada y se entiende que la misma es para su consumo. Si ello es así, el esquema clásico tiene una falencia intrínseca, gracias a que, el carácter abierto y disímil de los verbos rectores que conforman el tipo penal hace que el nivel de subjetividad del operador judicial es muy amplio respecto de la conducta penada. En otros términos establecer la culpabilidad en la conducta antijurídica depende de comprobar por un lado que el porte de las sustancias estupefacientes efectivamente estén destinados a su comercialización y así mismo que la comercialización de estas sustancias ponga en riesgo la salud pública de la sociedad en su conjunto, que es el fin último o espíritu de la norma.¹⁰⁵ A continuación se hará un breve resumen a este respecto.

¹⁰⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. SP11726-2014. Magistrado. José Leónidas Bustos.

¹⁰⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. SP15519-2014. Magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández.

2.3. Concepto del bien jurídico de la Salud Pública en el delito de Tráfico, Fabricación y Porte de Estupefacientes

Como ya se ha observado el delito de Tráfico, Fabricación y Porte de Estupefacientes, es un delito de naturaleza pluriofensiva, es decir que la comisión de este afecta bienes jurídicos de una parte sustancial o de toda la sociedad en su conjunto, entre otros, afecta la salud pública, pone en riesgo el orden económico y social junto con la seguridad pública. A si, el tráfico de drogas pondría en grave riesgo la salud de la comunidad en su conjunto, puesto que los efectos de los estupefacientes sobre la salud humana son en extremo nocivos y el Estado tiene la responsabilidad de velar por un estándar de salud plausible en el conjunto de la sociedad. Por eso el Estado a través de sus instituciones y políticas deben velar por preservar este ideal de salud en la comunidad en todos sus aspectos, apelando a todas las capacidades institucionales, en primer lugar, con políticas de prevención y promoción de la salud, o en el segundo con políticas de corrección y prohibición que en el caso de la lucha contra las drogas hacen parte de la política criminal del Estado.¹⁰⁶

La década de los años noventa fue para nuestro país uno de los periodos más activos en materia de reformas institucionales, así, la vertiginosa implementación de estas supuso una sustantiva alteración de las tradicionales obligaciones a cargo del

¹⁰⁶ COMISIÓN ASESORA PARA LA POLÍTICA DE DROGAS EN COLOMBIA. Lineamientos Para una Política Publica Frente al Consumo de Drogas en Colombia. Bogotá, mayo de 2013.

Estado adquiridas en las décadas precedentes.¹⁰⁷ En Colombia a la política pública en materia de narcotráfico y en relación con la salud pública, no le interesa si el consumidor usó o no la droga que le fue confiscada a fin de la materialización del delito. Al arreglo institucional en esta materia solo le incumbe la dimensión normativa que trata estos delitos, como de peligro abstracto, estos fundan su existencia y esencia en el supuesto que fundamentan en estadísticas, que el resultado lesivo normalmente ocurre.¹⁰⁸ Lo anterior porque la Carta Política derivada de la reforma constitucional de 1991, se enmarcó en el precepto constitucional denominado Estado Social de Derecho, principio de naturaleza jurídico - política que regiría en adelante la labor misional del Estado Colombiano, en la que el interés general de la comunidad prevalece siempre sobre los derechos y garantías procesales de los indiciados.¹⁰⁹

En términos genéricos se entiende la Salud Publica en su condición de integridad como aquella obligación que se encuentra en cabeza del Estado tendiente a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política, de bienestar físico, psicológico y social para todos los ciudadanos. Por lo anterior se puede inferir la base normativa del derecho irrenunciable a la Salud Pública, que tienen los colombianos está integrada literalmente al espíritu mismo de la constitución, de forma tal, que dicha protección se materializa sin

¹⁰⁷ ESTRADA, ÁLVAREZ. Jairo. (2005). El modelo neoliberal 1970 – 1994. Bogotá 2005. El Ancora Editores. Capítulo I.

¹⁰⁸ Ibídem. Comisan Asesora Para la Política de Drogas en Colombia.

¹⁰⁹ Henao, Hidrón. Javier. (2010). Derecho Procesal Constitucional. Bogotá 2010. Editorial TEMIS. Pág. 82.

importar la condición socioeconómica, raza, clase social o sexo de cada ciudadano colombiano. Por tal motivo el ordenamiento jurídico interno instituyó instrumentos jurídico-procesales para el logro de la satisfacción efectiva de estos postulados.¹¹⁰

El enfoque teórico disciplinar con el que se categoriza a la salud pública es derivado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es pertinente señalar que el concepto sobre Salud Pública comúnmente aceptado, parte del reconocimiento del derecho fundamental de todo ser humano a tener las condiciones mínimas de supervivencia material y de estabilidad física y emocional.¹¹¹ Este enfoque tiene en cuenta la normatividad interna, los diferentes tratados internacionales que el país ha ratificado en la materia, además tiene en cuenta la evolución histórica y conceptual de la temática, y se basa fundamentalmente en la premisa humanista de considerar al ser humano como el centro de las preocupaciones de las políticas públicas y del Estado.¹¹²

En estos términos, la Salud es entendida como la disponibilidad suficiente y estable de condiciones y acceso a la atención oportuna y permanente a las condiciones de vida material y mental que permitan desarrollar una vida digna. La definición pone de manifiesto que si el fin último de la salubridad general es que todas las personas tengan un acceso oportuno y adecuado a condiciones de vida y ambientales que

¹¹⁰ Se refiere a las acciones constitucionales, tanto de carácter individual como de orden colectivo.

¹¹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 278 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹¹² Ibídem. Corte Constitucional.

les permitan desarrollar sus vidas individuales en un marco de condiciones de dignidad material y mental.¹¹³

Por ello, aclaró la Corte que en relación al artículo 49 de la Constitución cuando afirma que “toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”, la interpretación más adecuada de la expresión señalada es que es un llamado a producir efectos psicológicos que se juzgan plausibles, mas no a que se genere un deber jurídico genérico, susceptible de plasmarse en la tipificación de una conducta penal. Por ello la salud pública como bien jurídico tutelado en relación con los delitos de tráfico de drogas, gracias a que la conducta es pluriofensiva no solo controvierte la salud e integridad del consumidor individual, sino que pone en serio riesgo la salud de la comunidad en general.¹¹⁴

2.4. Carácter fragmentario, subsidiario y de última ratio del Derecho Penal frente al Delito de Tráfico, Fabricación y Porte de Estupefacientes

Este principio jurídico general señala el carácter fragmentario del Derecho Penal, el cual consiste en que no se le puede utilizar la estructura punitiva del Estado para prohibir todas las conductas que se consideren antijurídicas.¹¹⁵ Este principio sirve como pauta para orientar la labor del legislador con el propósito de que este pueda

¹¹³ HERNÁNDEZ, ÁLVAREZ. Mario. (2000). El derecho a la salud pública. Obstáculos estructurales para su realización. Revista de salud pública. Bogotá D.C. 2000. Universidad Nacional de Colombia. Vol. 2 – 121 – 144. 2000.

¹¹⁴ Ibídem. Corte Constitucional de Colombia.

¹¹⁵ MERLANO SIERRA, Javier, E. (2017). Aspectos generales de la potestad punitiva del estado: la identidad sustancial entre delitos e infracciones administrativas y la aplicación analógica de la ley. Barranquilla: Educosta, 2017.

determinar si algunos hechos punibles pueden transformarse en infracciones penales o no, en relación con el verbo rector llevar consigo del delito Trafico de Drogas el legislador y el Estado han definido que el porte de sustancias estupefacientes afecta de manera grave la salud pública del conjunto de los ciudadanos en general. No obstante, no se pueda comprobar que el indiciado use la cantidad de droga en su poder para efectos de la comercialización o venta.

En conclusión, este principio señala que no se deben castigar todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino las más graves, esto porque el derecho penal pretende antes que condenar a los infractores, modificar las conductas individuales a unos canales que resulten adecuados para la convivencia social armónica y democrática.¹¹⁶ En tal virtud, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control social o persuasivo han fallado. Esta perspectiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al

¹¹⁶ MONRROY SIERRA, Jerónimo. (2005). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Barranquilla, Antillas 2005. Pág. 358.

Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales.¹¹⁷ En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio.¹¹⁸

Es objeto de debate, y desde hace varios años, si el hecho de condenar a una persona consumidora de estupefacientes por su porte incurra, constituye indebida aplicación del Artículo 376 del Código Penal y falta de aplicación del Artículo 29-2 de la Constitución Política de Colombia, que establece el principio de legalidad basado en el derecho penal de acto. El análisis respecto de los consumidores de estupefacientes se hace, entonces, para establecer si su comportamiento resulta antijurídico materialmente o no y si ante la falta de esa antijuridicidad material, su comportamiento deviene en atípico y, asimismo, si al superar lo previsto para dosis de uso personal en el literal j del Artículo 2° de la Ley 30 de 1986, si ese exceso constituye o no dosis de aprovisionamiento y hasta en qué cantidades y en qué condiciones.¹¹⁹

Luego de la promulgación del acto legislativo número 002 del 21 de diciembre de 2009 que prohibió el porte y consumo de estupefacientes, salvo cuando hubiese

¹¹⁷ BERNATE, OCHOA, Francisco. (2007). La legitimidad del Derecho penal. Bogotá 2007. Editorial. Ibáñez. Pág. 102.

¹¹⁸ IBÁÑEZ, GUZMÁN. Augusto. (2016). Derecho Penal y Función Judicial. Bogotá. Universidad Javeriana, Ibáñez. Pág. 33.

¹¹⁹ Ibídem. UPRIMNY YEPES & GUZMÁN.

prescripción médica y ante la modificación que hiciera la Ley 1453 del 24 de junio del 2011, al nombrar las conductas del artículo 376 del Código Penal, se discute si existe en el ordenamiento dosis personal o no. En tal virtud, las interpretaciones jurisprudenciales disimiles frente a este tema han dado lugar, cuando se presentan situaciones de hecho similares, decisiones contrarias en derecho que generan un proceloso marco de inseguridad jurídica. El ordenamiento jurídico debe propender por la adopción en la medida de lo posible, decisiones uniformes por parte del sistema judicial en su conjunto, ello por supuesto sin que se vulneren principios fundamentales de los gobernados como, el debido proceso, la presunción de inocencia y la favorabilidad penal.¹²⁰

El literal j del Artículo 2° de la Ley 30 de 1986 define la dosis personal como *“aquella cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachis que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad”*.

La dosis personal como criterio para despenalizar comportamientos de porte de sustancias estupefacientes fue desarrollado ampliamente y, por primera vez, en la

¹²⁰ Ibídem. IBÁÑEZ GUZMÁN.

Jurisprudencia Nacional, en la Sentencia C-221 de 1994, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad del literal j) de los Artículo 2º. y 51 de la Ley 30 de 1986. Sin embargo, previamente, en casación 4771 de julio de 1991, la Corte Suprema de Justicia estableció los límites para definir esa figura, insertada en nuestro sistema jurídico desde el año 1986, la cual afirma que *“no será dosis personal la que exceda de la cantidad que de modo expreso se señala, tampoco la que aún por debajo del tope fijado, no se halle destinado al propio consumo, ni la que tenga por destinación su distribución o venta”*.

Manifestó entonces la Corte que el adicto, si bien es una persona enferma, de todas formas debe someterse a las pautas que regulan una situación que la sociedad no puede desconocer como una realidad, la cual es la necesidad de despenalizar el consumo y porte de la dosis personal, en orden a garantizar el ejercicio al libre desarrollo de la personalidad del enfermo, empero, esa libertad no puede extenderse a permitirle llevar libremente cantidades de estupefacientes que desbordan gravemente lo tolerado, pues, una eventualidad como esa, indica en forma legítima a presumir una destinación ilícita de la droga incautada, ya que sólo puede concluirse un fin de consumo cuando la cantidad se encuentra en los topes definidos como dosis personal o superados ligeramente.¹²¹

Desde el punto de vista médico y biológico, se considera que la cantidad requerida por cada persona para calmar su propia adicción involucra la conjunción de

¹²¹ GAVIRIA DÍAZ, Carlos. (2010). Herejías Constitucionales. Bogotá. 2010. Fondo de Cultura Económica. Pág. 26.

múltiples factores, en el entendido que el efecto estupefaciente no sólo varía en función a la cantidad, naturaleza y pureza de la droga o sustancia sino también en razón a la constitución y grado de adicción de la persona e incluso de su situación socioeconómica y estado de ánimo, al punto que en este campo es muy relativo el valor del dictamen médico,¹²² no obstante, ha de calificarse, cuanto contiene fundamentos racionales y ha sido practicado con observancia de las reglas científicas, como un buen criterio de orientación, siendo los Jueces los llamados, a establecer, con base en el material probatorio recaudado, cuando una cantidad incautada de estupefacientes puede ser o no consumida gradualmente en “dosis personal”.¹²³

2.5. La Antijuridicidad Material frente a las conductas cometidas por consumidores de sustancias estupefacientes

Dentro del ámbito de las definiciones de la antijuridicidad, la doctrina diferencia entre antijuridicidad formal y material, aunque no es posible trazar una línea que diferencia claramente ambas figuras, ni decir que existan dos tipos de antijuridicidad; sino que lo correcto sería decir que un hecho es antijurídico cuando el mismo es contrario a

¹²² El portal INFODROGAS ofrece una clara información sobre los estudios específicos en esta materia, así como algunas recomendaciones en el tratamiento de sujetos con adicción a sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Disponible en: <https://www.infodrogas.org/drogas/que-son-las-drogas?start=3>

¹²³ MARÍN, MARÍN. Luis, E. (2010). Análisis Jurídico del porte de estupefacientes en consumidores. Monografía. Universidad de Medellín 2010.

los intereses sociales tutelados por la norma infringida por tal hecho.¹²⁴ Un hecho materialmente antijurídico cuando el mismo se opone a los intereses sociales o es nocivo para la sociedad; es decir, cuando transgrede una norma jurídica positiva, lesionando o poniendo en peligro con ello un bien jurídico que el ordenamiento desea proteger. Por ello, el delito no es un simple “*malum quia prohibitum*” y tiene carácter de acto intolerable para la convivencia. Vemos con la anterior definición cómo la antijuridicidad material está vinculada de forma directa con la función y el fin social y político criminal de la norma (al proteger bienes jurídicos) y no únicamente con su realidad positiva.¹²⁵

En la definición de los puntos axiológicos que se suelen emplear para explicar la relación que subsiste entre el concepto de tipicidad y antijuridicidad, tienen que distinguirse la existencia de diferentes concepciones que atienden a la corriente doctrinal de que se hable. En tal virtud, la primera corriente doctrinal estima que la tipicidad es un indicio de que un determinado comportamiento o actuación tiene carácter antijurídico, de modo que para esta corriente, la tipicidad y la antijuridicidad serían dos categorías distintas de la teoría del delito; donde el tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuridicidad, pero no se puede identificar con ella.¹²⁶ En segundo lugar, para la otra corriente doctrinal, es claro que existe una cierta identificación entre tipo y antijuridicidad, es decir, hay una relación directa

¹²⁴ FERNÁNDEZ, CARRASQUILLA. Juan. (2011). Derecho Penal Parte General. Vol. I. El delito: Visión Positiva y Negativa. Pág. 299.

¹²⁵ ibídem. FERNÁNDEZ, CARRASQUILLA.

¹²⁶ MOYANO, HERNÁN. Pedro. (2015). Relación Entre Tipicidad y Antijuridicidad. Instituto de Estudios Políticos. Octubre 13 de 2015. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/327467863/Relacion-Entre-Tipicidad-y-Antijuridicidad>

entre éstas. Tal postura ha sido fuertemente criticada por el hecho de que considera que las causas de justificación son elementos negativos del tipo.¹²⁷

El tipo penal previsto en el Artículo 376 del Código Penal es considerado un delito de peligro y de conformidad con lo establecido en el Artículo 11 del mismo estatuto, que regula el principio de lesividad, no basta la antijuridicidad formal sino que se requiere de la concurrencia de la antijuridicidad material, y esto no es diferente al lesionamiento o puesta efectivamente en peligro del bien jurídico tutelado por la ley, que en el caso de estupefacientes son entre otros, la salubridad y seguridad pública, el orden económico social, ya que es un tipo pluriofensivo, y así lo analiza la Corte Suprema de Justicia.¹²⁸

¹²⁷ Ibídem. MOYANO, HERNÁN. Pedro.

¹²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. SP11726-2014. Magistrado José Leónidas Bustos.

CAPITULO 3

MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD PARA LA VARIABLE “LLEVAR CONSIGO” DENTRO DEL DELITO DE TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Introducción

Como resultado del transcurso de varias décadas de políticas públicas de lucha contra las drogas ilícitas, basadas en la política de represión por medio del uso casi exclusivo del derecho penal para el tratamiento de una amplia clase de conductas relacionadas con estupefacientes, tendientes a reducir la disponibilidad de sustancias y desestimular su consumo, las cifras de 2014 muestra que cerca de 25.000 personas se encuentran hoy privadas de la libertad por esta clase de delitos en Colombia¹²⁹. Esta estrategia de encarcelamiento masivo por delitos de drogas, se ha enfocado en los eslabones más débiles de la cadena productiva, y la misma no ha contribuido a proteger la salud y la seguridad públicas, así sea este su objetivo nominal, así como tampoco les ha restado a las organizaciones criminales control sobre los mercados de drogas

El fenómeno de las drogas es uno de los temas frente a los que, de manera ineficaz, se ha tratado de buscar soluciones llevando a las personas ante los sistemas

¹²⁹ Cifras Ministerio de Justicia e INPEC. 2016. Disponibles en http://www.inpec.gov.co/estadistica/estadisticas/-/document_library/3pVdHSI1UBFX/view/410518

penales, o incluso a las prisiones, cuando debería ser abordado como un fenómeno al que hay que responder bajo un enfoque más amplio de desarrollo humano. La lucha contra las drogas ha llevado a que se establezcan como delitos una serie amplia de conductas sin consideración de los contextos en los que esta política criminal se estaba aplicando, y sin un debate amplio sobre las mejores respuestas que cada sociedad podría adoptar frente al fenómeno de las drogas. Para resolver estos problemas es indispensable un giro estructural de la política de drogas que reconozca el fracaso de estas estrategias represivas y avance hacia la regulación de estos mercados. No obstante, mientras se superan las resistencias existentes para que un cambio de este estilo se produzca, es necesario avanzar en reformas de política pública antidrogas de manera urgente.

3.1. Tratamiento Legal para medidas preventivas y ejecución de pena frente al delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes

El ciclo criminal del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes está concommitado de acuerdo con las etapas del proceso judicial, Así, en circunstancias normales, la persona capturada por el delito de tráfico, fabricación o porte de Estupefacientes es capturado, generalmente en flagrancia, por la Policía Nacional, y esta persona, debe ser puesta a disposición de la Fiscalía, sin embargo, en algunos casos, los capturados son dejados en libertad antes de ser entregados a la

Fiscalía o la persona indiciada puede ser investigada por un delito, sin que necesariamente se produzca una captura.¹³⁰

*“La etapa de investigación- indagación es una gran fase pre procesal indefinida en el tiempo, en la cual, la Fiscalía General de la Nación debe indagar e investigar los hechos que llegan a su conocimiento, y para tales efectos se le asigna la coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial”.*¹³¹

La Policía pone a disposición del Fiscal a la persona indiciada o capturada y expone las circunstancias de la captura, la evidencia de la comisión del hecho y todos los datos requeridos como Policía judicial en el ejercicio de sus funciones, el Fiscal decide si otorga o no libertad para el caso concreto.¹³² Para que la captura sea considerada legal se debe tener en cuenta que el capturado sea puesto a disposición de la Fiscalía, en forma inmediata o a más tardar en el término de la distancia (Art. 302 Inc. 2º del C. de P.P.), y que la puesta a disposición del Juez de garantías sea dentro de las 36 horas siguientes a la captura. Si la captura se realiza en flagrancia se realiza la aprehensión material en las situaciones expresamente previstas en el Art. 301 del C. de P.P., las cuales deben ser analizadas para establecer la flagrancia e inmediatez, de igual manera se debe cumplir con la obligación de informar los derechos del capturado, de manera coetánea a la captura, el buen tratamiento y los términos para poner a disposición el capturado, tanto a la

¹³⁰ Policía Nacional de Colombia. (2014). Observatorio Policía Nacional Delito de Tráfico de Estupefacientes. Bogotá 2014.

¹³¹ Espitia, Fernando. (2011). Instituciones de derecho procesal. Legis, Bogotá. 2011.

¹³² Ibídem, Pág. 79.

Fiscalía, como al Juez de Control de Garantías.¹³³ De no cumplirse las condiciones de legalidad en la captura, la persona es dejada en libertad.

En la etapa pre procesal se identifican dificultades en la judicialización efectiva del delito, de ésta etapa se desprenden los argumentos para la realización de un juicio y la impartición de medidas preventivas de aseguramiento, condenas, aceptación de cargos, preacuerdos, resoluciones absolutorias y aquellos que recobran su libertad de inmediato. En el caso de las capturas realizadas por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en modalidad de flagrancia o por orden judicial, cualquiera que sea el escenario en que se presenta dicha captura, la autoridad que realiza el procedimiento debe poner al capturado a disposición de un fiscal para que a su vez lo ponga a disposición ante el juez a más tardar durante las treinta y seis horas después de cometido el hecho. *“si el procedimiento policial se ajustó a los requerimientos exigidos por la sentencia c-024 de 1994, el fiscal acudirá ante el Juez de Control de Garantías para que ejerza el control de legalidad, y fundamentará ante él la existencia de los presupuestos constitucionales para su realización. En caso contrario, dejará a la persona aprehendida en libertad inmediata sin necesidad de acudir ante el juez”*.¹³⁴

“El Fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir

¹³³ Torres, Silvera. Jorge. (2013). Legalización de la captura, derechos y garantías. Revista. Pensamiento Americano, 6 - 11. Barranquilla 2013. Págs. 69-96.

¹³⁴ Fiscalía General de la Nación. (2009). Manual de procedimientos en el sistema penal acusatorio. Bogotá 2009.

razonablemente que el imputado es autor o participe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos del código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda".¹³⁵ La importancia de esta parte del proceso radica en que la mayoría de personas capturadas por drogas son dejadas en libertad en el momento que son puestas a disposición de un Fiscal, esto porque no cumplen con los criterios que el Fiscal considera necesarios para continuar con el proceso conforme a los postulados jurisprudenciales enunciados en el presente trabajo.

La Policía fundamenta la razón para realizar capturas en que *"el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, el cual, prohíbe el consumo de estupefacientes. Según esta prohibición obligaría a judicializar a todas las personas que porten cualquier cantidad de sustancias estupefacientes"* ¹³⁶ dicho artículo de la Constitución Política hace referencia al derecho a la preservación de la salud *"Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad"*, de la misma manera la ley 1453 de seguridad ciudadana modifica el artículo 376 del código penal y faculta a la Policía para realizar capturas en caso de consumo en lugar público, llevar consigo estupefacientes incluso dentro de la dosis mínima y una variedad de actividades que involucren sustancias psicoactivas. Mientras tanto la Fiscalía fundamenta que la persona capturada por la comisión de este delito, cuando se halla en posesión de pequeñas cantidades, recobra la libertad

¹³⁵ Código de Procedimiento Penal.

¹³⁶ DIPOL, 2009.

por decisión del Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata (URI) de la Fiscalía General de la Nación¹³⁷.

La decisión judicial se argumenta en las sentencias 29183 de 2008 y 31531 de 2009 y recientemente en los fallos proferidos por la Corte Suprema cuya ponencia fue hecha por los magistrados Eduardo Cavalier Y Patricia Salazar Cuellar, sobre el concepto de aprovisionamiento, promulgadas por la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.¹³⁸ El aprovisionamiento es una forma de almacenamiento de estupefacientes para el consumo personal, lo cual se interpreta como antijuricidad material, es decir, no se presenta una efectiva lesión o al menos peligro al bien jurídico tutelado por la ley (principio de lesividad), y por lo tanto, no se configura el delito.¹³⁹ En el orden nacional el número de arrestos y de noticias criminales relacionadas con éste delito ha tendido a incrementarse, mientras que la formulación de imputación ha tendido a mantenerse, produciendo una importante cantidad de personas no investigadas como un indicador de impunidad o de desvinculación entre las funciones y acciones de la Policía y la Fiscalía.¹⁴⁰

“La Fiscalía debe solicitar al juez que ejerce las funciones de control de garantías las medidas que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, quien pueda adoptar las que resulten procedentes en la audiencia de formulación

¹³⁷ En este punto es conveniente anotar que el autor de este trabajo es Fiscal en la URI de la Localidad de San Cristóbal, y la anotación que se comenta se hace sobre la base de la experiencia de trabajo cotidiano y el interés investigativo sobre las mismas del autor.

¹³⁸ Fiscalía General de la Nación. Manual de procedimientos en el sistema penal acusatorio. Bogotá 2009.

¹³⁹ DIPOL. 2009.

¹⁴⁰ Ibídem. Marín, Marín.

de imputación o en otra citada específicamente para tales fines".¹⁴¹ Procede su imposición cuando de los elementos probatorios y evidencia física e información se pueda inferir que el imputado es autor o participe de la conducta que se investiga, siempre y cuando la medida sea necesaria para evitar que el imputado obstruya la justicia, se establezca que constituye un peligro para la sociedad o la víctima, o resulta probable que no comparecerá al proceso o no cumplirá con la sentencia"¹⁴², y por último se acredite que la medida resulte idónea, necesaria, adecuada, urgente y proporcional frente a los contenidos constitucionales conforme a lo establecido en los Artículos 295 y 306 de la Ley 906 del 2004.

Son medidas de aseguramiento no privativas de la libertad conforme al Artículo 307 de la Ley 906 del 2004: (i) la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica; (ii) la obligación de someterse a vigilancia de una persona o institución; (iii) la obligación de presentarse periódicamente ante un juez o la autoridad que se designe; (iv) la obligación de observar buena conducta; (v) la prohibición de salir del lugar del país o del lugar donde reside; (vi) prohibición de concurrir a determinados sitios; (vii) prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6pm y 6 am, entre otras".¹⁴³ El criterio para la aplicación de estas medidas preventivas de aseguramiento será expuesto por el fiscal ante un juez de control de garantías en una audiencia pre procesal en la etapa de indagación.

¹⁴¹ Ministerio de Justicia y del Derecho. (201). Análisis del ciclo criminal del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes 2008 - 20012. Bogotá 2013.

¹⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas nº 1 STP17679-2015. Gustavo Enrique Malo Fernández

¹⁴³ Espitia, Fernando. (2011). Instituciones de derecho procesal. Legis, Bogotá. 2011.

En la continuación del proceso penal, una vez formulada imputación de cargos y antes de realizar el escrito de acusación, el Fiscal puede utilizar otras formas de terminación anticipada, específicamente la preclusión, siempre y cuando se cumplan ciertas circunstancias que ameriten la extinción de la investigación y del proceso. *“En cualquier momento antes de la acusación, la Fiscalía debe solicitar al juez de conocimiento que emita sentencia de preclusión, en caso de inexistencia del hecho, ausencia de intervención del imputado, atipicidad de la conducta, existencia de una causal excluyente de responsabilidad, imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal, imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia o vencimiento del término para formular la acusación, aunque en este último caso la preclusión procede siempre cuando no exista merito causar”*.¹⁴⁴

Entre las diversas formas que existen para que la Fiscalía solicite la preclusión de un caso ante un juez de conocimiento, se destaca en todos los años la declaración de atipicidad del hecho investigado, se fundamenta en la declaración de inexistencia de riesgo contra el bien tutelado en el Código Penal, de manera más sencilla quiere decir que los cargos imputados no representan un riesgo importante sobre la salud de la persona y tampoco sobre los demás, decisión tomada por que la cantidad de sustancia psicoactiva excede en poco la dosis personal y el imputado cumple con la condición de consumidor.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Ibídem. Pág. 86.

¹⁴⁵ Ibídem. Corte Suprema de Justicia.

Así mismo, es posible que el Fiscal considere que el hecho investigado es atípico, en la mayoría de los casos teniendo en cuenta que la definición del delito en el código penal no considera como causal el consumo de sustancias y prima el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad.¹⁴⁶ Otras razones del Fiscal para solicitar al juez la preclusión del el proceso tienen que ver con la muerte del imputado o indiciado, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia o en otras palabras una falta de pruebas suficientes para inculpar al imputado y alguna causal que excluye al imputado de la responsabilidad en el proceso, razón por la cual, se cuenta con la posibilidad de precluir y/o archivar dependiendo de la etapa procesal, no obstante, ser distintas las causales para ambos casos en dicho delito.

*“La etapa procesal de judicialización de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal inicia cuando se formula un escrito de acusación al imputado de parte del Fiscal y ante un Juez de control, sea por terminación anticipada o como inicio de la etapa de juicio oral”.*¹⁴⁷ *“La formulación de acusación se constituye en el procedimiento por medio del cual se concreta la función de acusación, constitucional y legalmente atribuida a la Fiscalía General de la Nación. Es el acto dispositivo a través del cual, aquella materializa formalmente la acción penal ante el juez de conocimiento”.*¹⁴⁸ Luego sigue la preparatoria, y por ultimo juicio oral el

¹⁴⁶ Ibídem. Corte Suprema de Justicia.

¹⁴⁷ Avella. P. O. (2008). Estructura del proceso penal acusatorio. Bogotá, Printed Editores 2009.

¹⁴⁸ Ibídem, Pág. 19.

inconveniente es que al momento de ejecutar la pena el artículo 68 del código penal prohíbe la pena domiciliaria o suspensión de la ejecución de la pena sino solo en establecimiento carcelario para delitos relacionados con estupefacientes sin que se excluyere el “llevar consigo”.

3.1.1. Etapa de ejecución de penas

En la tercera etapa del ciclo criminal en tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se hace referencia a variables que consideran la ejecución de penas y medidas de aseguramiento, la Información utilizada tiene como fuente el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). *“Ejecutoriada la sentencia se debe comunicar mediante él envío de copia autentica, tanto al Instituto Nacional Penitenciario, como a la Registraduría y Procuraduría General de la Nación, así como a la Policía Nacional, La agencia nacional de inteligencia y la Fiscalía, en cuanto entes que tienen funciones de policía judicial”*. Conocer la participación del delito frente a otras conductas ayuda a entender hacia qué población deben estar destinadas las campañas o las acciones en política criminal, resulta fundamental comprender la finalidad de la pena, según Subijana, Zunzuegi,¹⁴⁹ la pena es un mal que compensa el mal causado por el delito, que constituye un medio para la obtención de fines útiles, siendo el vertebral evitar la comisión de delitos o faltas, protegiendo, de esta forma, la sociedad. El cumplimiento de este objetivo permite

¹⁴⁹ Subijana Zunzunegui, I. J. (2006). “El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento”, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal y Criminología), 2006,

asignar a las penas una función básicamente preventiva, que se despliega en un contexto comunitario.¹⁵⁰

Si se tiene en cuenta la finalidad de la pena desde la perspectiva del castigo a una conducta asocial que atenta contra el bienestar o como una forma de prevención de que dicha conducta afecte a una víctima o que la reincidencia cause mayor daño, en drogas identificar el sujeto pasivo (víctima) es complicado, pues en la mayoría de casos es el mismo infractor, según el código penal se trata de un delito contra la salud pública, sin embargo, el dilema para un juez de ejecución de penas es que al consumir sustancia estupefaciente es la persona la víctima directa de dicha conducta y su salud el bien jurídico afectado, no implica necesariamente la afectación a un bien público sino a la salud personal.¹⁵¹

3.2. Función de la Pena frente a consumidores de sustancias estupefacientes.

Según un informe realizado por el Centro de Estudios sobre Drogas y Derecho (CEDD) de la Universidad de los Andes, muestra como En Colombia, así como en el resto de América Latina, las políticas y las leyes de drogas se han caracterizado por tres tendencias: 1) el uso preferente del derecho penal, 2) el carácter expansivo de la sanción penal a los delitos de drogas (más conductas y mayores penas) y 3)

¹⁵⁰ Policía Nacional de Colombia. ESTRATEGIA INSTITUCIONAL PARA LA SEGURIDAD CIUDADANA: PLAN NACIONAL DE VIGILANCIA COMUNITARIA POR CUADRANTES (PNVCC). Bogotá 2010.

¹⁵¹ Ministerio de Justicia y del Derecho. Tendencias en la judicialización y alternativas al encarcelamiento para los delitos de drogas. Bogotá, Marzo de 2016.

el carácter indiferenciado de esas sanciones, pues a conductas muy disímiles –tanto por el tipo de actividad, como por la escala en que se realizan– se les han aplicado penas similares muy severas. Esto ha ocasionado un incremento de la población encarcelada por estos delitos, en su mayoría personas pobres y con escasas oportunidades.¹⁵²

A partir de la distinción planteada por Luigi Ferrajoli sobre los distintos niveles o fases de la criminalización, en investigaciones anteriores se ha podido mostrar cómo en la fase de la “criminalización primaria”, es decir, en la definición de un comportamiento como delito en la legislación, existe una desproporción entre la pena establecida para los delitos de drogas y el daño al bien jurídico que estas conductas pueden ocasionar.¹⁵³ También se ha puesto en evidencia la desproporcionalidad existente al constatar que las penas establecidas para los delitos de drogas se acercan o son equiparables e incluso han llegado a superar a las de delitos graves como el homicidio, la desaparición forzada o la violencia sexual. De la misma manera la línea procesal sostiene que la siguiente etapa es la fase de “criminalización secundaria”, esto es, la determinación de individuos concretos como responsables de los delitos de drogas establecidos en la ley, y por último, la “criminalización terciaria”, a saber, lo que ocurre con la ejecución y el

¹⁵² Ministerio de Justicia y del Derecho. Observatorio de Drogas. Reporte de drogas Colombia 2017. Bogotá. Octubre de 2017.

¹⁵³ Universidad Externado de Colombia. Análisis de las políticas públicas en torno a la prisión. Revista de la Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal Volumen 1 • N.º 2.

cumplimiento de la sanción penal por parte de las personas condenadas o sindicadas de estos delitos.¹⁵⁴

Una de las dificultades evidenciadas en el estudio de Uprimny es que el 94,9% de las capturas por tráfico, porte o fabricación se realizan en flagrancia, mientras que para el resto de los delitos esta clase de capturas desciende al 83,4%. Este aspecto implica una desventaja en la etapa de judicialización que juega particularmente en contra de las personas capturadas por conductas de drogas pues, según el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, quienes son capturados en flagrancia solo pueden recibir un cuarto del beneficio de reducción de la pena que reciben los imputados al aceptar cargos anticipadamente, es decir, una reducción de máximo el 12,5% de la pena y no del 50%, como contempla el artículo 351 de ese Código.

La consecuencia más ostensible que esta realidad muestra es que según los datos oficiales empleados en el estudio: “mientras que en el 2000, por cada 100 internos 12 lo estaban por delitos de drogas, en 2015 por lo menos 20 de cada 100 se encontraban reclusos por estas conductas. Para el caso de los hombres, de 10 de cada 100 en 2001 por delitos de drogas se pasó a por lo menos 18 de cada 100. Y para el caso de las mujeres, de 40 de cada 100 a comienzos del nuevo siglo, quince años después lo están por lo menos 46 de cada 100. De igual forma, mientras que el 11% de las personas condenadas en las cárceles en 2000 lo estaban por delitos de drogas, ese porcentaje ascendió a 22% para 2015; lo propio ocurrió con los

¹⁵⁴ Molina, López. Ricardo. (2010). *La conformidad en el proceso penal*. (Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana). Tesis doctoral Universidad de Sevilla. Sevilla 2010.

sindicados por delitos de drogas que pasaron de representar el 14 al 16,7% de la población en prisión preventiva”.

3.3. Opciones del Juez frente a medidas restrictivas de la Libertad a eventuales condenas de consumidores dentro del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes

Para la legislación colombiana las penas alternativas a la detención en establecimiento penitenciario son: a) la prisión domiciliaria; b) la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en establecimiento carcelario; c) la suspensión de ejecución de la pena; d) la libertad condicional; y e) la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave y las no privativas de la libertad.

El principal sustitutivo a la pena privativa de libertad intramural, es la prisión domiciliaria. Los requisitos para acceder a este mecanismo han sido modificados por cada ley que se promulga sobre manejo de la criminalidad y población carcelaria del país, de manera que, tanto la Ley 1142 de 2007, como la 1453 del 2011 y la 1709 de 2014, son responsables de haber modificado la estructura y los requisitos que a continuación se presentan. 1 Una primera lectura del artículo 38 B (Código Penal) indica que para la aplicación de este subrogado es necesario que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima sea de 8 años o menos. Es decir, que este beneficio aplica para quienes son condenados por los incisos 2 y 3 del artículo 376, pero no para los que cometen las conductas del artículo 384 y el inciso 1 del 376. Sin embargo, el segundo inciso del artículo 68 A

(Código Penal) – del que más adelante se realizará una mención más detallada– impide que se concedan beneficios a quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, entre otras infracciones al Código Penal. Esto significa que los condenados por delitos relacionados con las drogas ilícitas no pueden recibir, como pena inicial en la sentencia, la prisión domiciliaria.

Otros requisitos, que no se tienen en cuenta para los delitos de droga, consisten en que el condenado demuestre un arraigo familiar y social; además, debe garantizar por medio de una caución, el cumplimiento de ciertas obligaciones como no cambiar de residencia sin autorización previa del funcionario judicial, presentarse periódicamente y que permita la entrada en la residencia de los funcionarios del INPEC para la vigilancia de la reclusión. Además, el juez de conocimiento que impone la sanción puede establecer que la prisión domiciliaria se acompañe de un mecanismo de vigilancia electrónica, caso en el que el condenado deberá, de acuerdo con su capacidad económica, sufragar los gastos relativos al brazalete.¹⁵⁵

Si la persona no tiene medios económicos el costo debe ser asumido por el Gobierno Nacional. La prisión domiciliaria, como sustitutiva de la prisión en centro de reclusión, requiere el cumplimiento de la mitad de la condena, la verificación de un arraigo familiar y social, y la prestación de caución de la misma manera que si se tratara de la prisión domiciliaria. No tienen derecho de acceder a este beneficio aquel que han sido condenados por delitos que tienen que ver con graves

¹⁵⁵ Fiscalía General de la Nación. (2013). Manual de procedimiento Sistema Penal Acusatorio. Bogotá. 2013.

violaciones de derechos humanos, delitos de alto impacto contra la seguridad pública, crimen organizado, delitos contra la administración de justicia y delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. El legislador hizo una discriminación respecto de los delitos que tratan sobre las drogas ilícitas, ya que consideró que sí era aplicable la prisión domiciliaria sustitutiva cuando se trata de condenados por el artículo 375 y el inciso segundo del artículo 376. La suspensión de ejecución de la pena es un aplazamiento del cumplimiento de la sentencia por un periodo de dos a cinco años, cuando se presentan los siguientes requisitos: 1) la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro años; 2) si la persona carece de antecedentes penales, o en el caso de que haya sido condenada por delitos dolosos dentro de los cinco años anteriores, el juez debe considerar los antecedentes personales, sociales y familiares; y 3) el crimen por el que se juzgó no tenga nada que ver con graves violaciones de derechos humanos, delitos de alto impacto contra la seguridad pública, crimen organizado, delitos contra la administración de justicia y delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes.

El juez de ejecución de penas puede decidir sobre la libertad condicional, previa valoración de la conducta punible, cuando la persona haya cumplido las tres quintas partes de la condena, cuando su comportamiento durante el tratamiento penitenciario permita inferir que no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena –esto se debe probar a través de una resolución favorable del Consejo de Disciplina o del director del establecimiento penitenciario en el que se encuentra recluido quien aspira a este beneficio–, y cuando además se tenga conocimiento de su arraigo familiar y personal. A la solicitud del condenado debe ir adjunta copia de

la cartilla biográfica. El último mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad en centro carcelario se denomina reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave. Procede cuando existe concepto de médico legista especializado, quien debe certificar que el condenado se encuentra aquejado por una enfermedad muy grave, incompatible con la vida en reclusión formal. En una interpretación constitucional de esta norma, ninguna clase de conducta debe estar excluida, pues una enfermedad grave puede presentarse en cualquier persona sin discriminar el delito que cometió. Es decir, que procedería incluso cuando se trata de una persona juzgada por terrorismo, narcotráfico, genocidio o cualquiera de los delitos establecidos en el segundo inciso del artículo 68 A. Como se observa, existen serios límites a la oportunidad de obtener un beneficio por subrogado penal de la prisión para el caso de los delitos de drogas.

La Ley 1474 de 2011, expedida tan solo unos meses después que el Estatuto de Seguridad Ciudadana, modificó de nuevo el artículo 68 A para incluir todos los delitos contra la administración pública. Finalmente, la Ley 1709 de 2014 incluyó dentro del catálogo de conductas punibles sobre las que no proceden subrogados penales las violaciones de los derechos humanos, otras afectaciones a la seguridad pública y delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. Además, se dijo que lo dispuesto en esta norma no aplicaba cuando se pretendiera aplicar la libertad condicional o prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en establecimiento carcelario –regulada en el artículo 38 G–. En síntesis, dentro del universo de conductas que se relacionan con la prohibición de las drogas, hay dos posibilidades de aplicación de beneficios a quienes sean condenados por el inciso 2 del artículo

376 del Código Penal –para el resto de los delitos del 375, 376 y del 384, no hay lugar a ninguno de estos sustitutivos—. Un condenado en estas circunstancias solo puede acceder a los beneficios de los artículos 64 y 38 G, lo que significa en la práctica que una persona condenada por tráfico, porte o fabricación de estupefacientes inferior a 1.000 g de marihuana, 200 g de hachís y 100 g de cocaína debe cumplir un periodo determinado de reclusión en prisión, para poder acceder a alguno de estos subrogados penales.

Como propuestas útiles para la conducta de porte de estupefacientes se observan diferentes opciones como son: Descriminalizar el porte simple de drogas y cesar toda clase de persecución contra los consumidores a través de la implementación de guías y programas de capacitación a jueces y fiscales en los desarrollos jurisprudenciales más recientes –como el de la doctrina de la dosis de aprovisionamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia—. Las personas que bajo el abuso de sustancias cometen delitos deberían ser remitidas a programas de tratamiento y aquellas que sean sancionadas con penas privativas de la libertad en establecimiento carcelario, deberían poder acceder a servicios de tratamiento adecuado intramuros. Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia deben contar ineludiblemente con la implementación de guías policiales y programas de capacitación a jueces y fiscales en los desarrollos jurisprudenciales más recientes –como el de la doctrina de la dosis de aprovisionamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia—. Racionalizar el uso de la prisión, en cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional en las sentencias T-388 de 2013 y T-760 de 2015. En caso de incumplimiento, sería necesario considerar el establecimiento de

una prohibición para que, en ausencia de cupos carcelarios disponibles, los jueces de ejecución de penas puedan seguir enviando a personas que cometen delitos menores a prisión. En el caso de personas que cometen delitos menores de drogas es necesario eliminar las restricciones existentes para beneficiarse de subrogados penales. Realizar las reformas necesarias para permitir que ofensores de delitos menores de drogas, no violentos, que se encuentren en los niveles más bajos del mercado, no sean enviados a prisión y sean derivados a una red pública de apoyo para prevenir integralmente la reincidencia, atendiendo a los factores socioeconómicos que llevaron a la comisión de estas conductas. Fortalecer los sistemas de defensa pública para garantizar una defensa técnica efectiva, que en los casos de delitos de drogas permita que se utilicen todas las posibilidades procesales legítimas de manera oportuna para evitar la sanción de pena privativa de la libertad o la reducción del tiempo en prisión en beneficio de las personas procesadas. Implementar, lo antes posible, alternativas al encarcelamiento con estricto apego a los derechos de las personas involucradas en la comisión de conductas relacionadas con drogas. Garantizar la participación de la sociedad civil en el diseño, la implementación y la evaluación de esta clase de alternativa.

CAPITULO IV

LOS TRIBUNALES DE TRATAMIENTO DE DROGAS COMO ALTERNATIVA DIVERGENTE A LA PENALIZACIÓN DE LA CONDUCTA DESPLEGADA POR CONSUMIDORES DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES BAJO LA VARIABLE “LLEVAR CONSIGO”

Introducción

El presente capítulo tiene como finalidad analizar mecanismos alternativos diferentes a la penalización de conductas desplegadas por parte de consumidores de estupefacientes, inclusive si con el comportamiento de portador se supera el tope establecido como dosis personal ya referido ampliamente en el presente trabajo investigativo, donde desde ya se debe indicar que dentro de las múltiples opciones adoptadas por diferentes países resulta interesante estudiar la propuesta de los denominados Tribunales de Tratamiento de Drogas, como una alternativa de justicia terapéutica diferente al internamiento en establecimientos carcelarios o medidas privativas de la libertad para este tipo de infractores de la Ley Penal.

4.1. Origen y finalidades de los Tribunales de Tratamiento de Drogas

Previo abordar el estudio sobre la conformación, procedimientos y sanciones previstos para los denominados Tribunales de Tratamiento de Drogas y que han sido adoptados por varios Estados de la comunidad internacional, es preciso señalar

que el primer Tribunal fue implementado en los Estados Unidos para el año de 1989 en el condado de Dade (Miami) y para el caso de Canadá para el año de 1998¹⁵⁶, de igual manera se hace referencia que varios países de Europa y América Latina han adoptado este modelo, el cual independiente de las creencias religiosas, morales, políticas resulta una propuesta adecuada para enfrentar supuestas problemáticas sociales como es el alto consumo de sustancias ilícitas.

Resulta de suma importancia establecer que la finalidad de estos Tribunales se encuentra dirigida a lograr una justicia terapéutica¹⁵⁷, más que lograr una respuesta coercitiva propia del derecho penal, donde en el eje fundamental es la salud del individuo puesto que por su condición de adicto puede llegar a repercutir en la comisión de otras conductas punibles, de esta manera se ha dicho que “...*La labor de los Tribunales de Tratamiento de Drogas se basa en la idea de que la dependencia de drogas entre los infractores no es meramente un problema de las fuerzas de seguridad no de la justicia penal, sino una preocupación social y de salud pública prioritaria....*”¹⁵⁸.

4.2. Conformación de los Tribunales de Tratamientos de Drogas

Dentro de los Tribunales de Tratamiento de Drogas intervienen dos tipos de jueces cuyas funciones se diferencian dependiendo del escenario procesal, puesto que uno

¹⁵⁶ Comisión Interamericana para el control del Abuso de Drogas. tribunales de Tratamiento de Drogas: Una respuesta internacional para infractores dependientes de drogas. Un enfoque práctico de los Tribunales de Tratamiento de Drogas para los responsables de políticas v.; cm (OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L/XIV.6.10), Pág. 48.

¹⁵⁷ Ibídem, Pág. 31.

¹⁵⁸ Ibídem, Pág. 49.

de ellos el Juez de Tratamiento de Drogas propiamente dicho quien se ocupa de la etapa inicial del proceso y que se asimila dentro del Sistema Procesal Penal vigente (Ley 906 de 2004) y otra figura denominada Juez Correccional o de reinserción que se ocupa de la etapa final o de libertad condicional, el cual dentro de nuestro sistema cumpliría funciones similares a un Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad¹⁵⁹.

De igual manera, dentro de los participantes para el procedimiento previsto para estos tribunales se caracteriza por la interacción de un grupo interdisciplinario sin que necesariamente todos tengan la calidad de Profesionales del Derecho, puesto que actúan diferentes actores como lo son profesionales de la salud conformado por psicólogos, médicos, trabajadores sociales, entre otros, que resultan de vital importancia para lograr la finalidad terapéutica perseguida para el presunto infractor de la Ley Penal, frente a lo anterior se indica la conformación del Tribunal de Tratamiento de Drogas de la siguiente manera: *“...El equipo del TTD está formado por el juez, el proveedor de tratamiento de adicciones, el encargado de llevar el caso, el proveedor de tratamiento de salud mental, el abogado defensor privado, el asistente legal y defensor de oficio, la policía, miembros de la comunidad y proveedores de servicios auxiliares, como vivienda y capacitación laboral...”*¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Ibídem, Pág. 27.

¹⁶⁰ Ibídem, Pág. 53.

4.3. Procedimiento para los Tribunales de Tratamientos de Drogas

El primer aspecto fundamental que no pude pasarse por alto, es que previo al ingreso al programa ofrecido por parte del Tribunal de Tratamiento de drogas, por parte del individuo debe existir una libertad de elección donde se le debe informar sobre las opciones referentes a los diferentes tratamientos que ofrezca el programa, y de igual manera este también se encuentra en la responsabilidad de establecer planes de rehabilitación donde se establezca metas durante el procedimiento y dentro de las etapas posteriores a la misma¹⁶¹.

Cabe resaltar que no se trata de un proceso inquisitivo ni acusatorio, puesto que no prima la adversarialidad entre las partes sino que los diferentes actores deben procurar porque el individuo logre culminar su proceso de rehabilitación y no reincida en delitos relacionados contra la salud pública y los conexos que se puedan derivar del mismo¹⁶², estableciéndose como criterio que para ser aceptado dentro del programa el sujeto debe estar provisto de ausencia de antecedentes penales y si los hay que sean por delitos menores, en segundo lugar que se trate de delitos relacionados con droga pero no relacionados con la venta, también otros delitos leves donde se encuentre demostrable la relación entre la conducta delictiva y la adicción a las drogas como por ejemplo delitos no violentos contra la propiedad, quedando excluidos las conductas con violencia extrema, contra la vida, sexuales y

¹⁶¹ Ibídem, Pág.38.

¹⁶² Ibídem, Pág. 45.

cuyas finalidad sea la de lucrarse como es el vender o distribuir sustancia estupefaciente¹⁶³.

Frente al procedimiento en concreto asumido por los canadienses, se observa que el mismo podría ser perfectamente adaptable al sistema jurídico procesal penal Colombiano por las similitudes existentes en las partes procesales de los sistemas jurídicos penales de la siguiente manera: Se tiene que una vez la persona sea aprehendida o acusada, con la debida asistencia de un defensor, presentan solicitud formal ante el Fiscal con el fin de que la misma sea evaluada y si cumple con los requisitos legales para participar en el programa pasa ante un proveedor del tratamiento que haría parte del equipo interdisciplinario que para nuestro sistema podría ser con asistencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Personal adscrito al Cuerpo Técnico de Investigación o Fundaciones sin ánimo de lucro, para que de manera técnica se realice una mayor evaluación donde se emite un concepto que sería socializado por parte de todos los miembros del equipo previo a presentarlo ante el Juez del Tribunal de tratamiento de Drogas, con el fin de que se convoque a una sesión donde el equipo interdisciplinario aportan toda la información recolectada del postulante ante el Juez y sugieren recomendaciones sobre los próximos pasos a seguir.

Una vez el Juez cuenta con la enunciada información y documentación tales como cartilla biográfica, certificado de antecedentes o anotaciones penales, verificación

¹⁶³ Ibídem, Pág. 54.

de arraigo, procede a entrevistar por primera vez al solicitante donde se le explica los componentes del programa del Tribunal de Tratamiento de Drogas y de igual manera verifica el nivel de compromiso del solicitante respecto al tratamiento de su dependencia a las drogas¹⁶⁴. En caso de que el solicitante se encuentre capturado o privado de la libertad, tendría la oportunidad de ser liberado en caso de que aceptara el ingreso al programa, aunado a que en caso de que se otorgue cabal cumplimiento y con éxito el programa podría hacerse acreedor a penas no privativas de la libertad, donde no se desconoce que en principio la aceptación al mismo sea por motivaciones externas como la explicada sino que posteriormente se transformen en motivaciones internas¹⁶⁵.

Para que el infractor o solicitante sea aceptado por el equipo de trabajo y por el Juez del Tribunal de Tratamiento de Drogas al programa, será enviado ante el Centro del proveedor del tratamiento donde se realizará una evaluación más profunda y los resultados de la evaluación del programa será enviada ante el Juez y de ser hallado apto, ingresa al Tribunal de Tratamiento de Drogas, el cual tendría una duración recomendada de doce meses y una vez termine satisfactoriamente el programa recibiría penas no privativas de la libertad como ya se anunció¹⁶⁶.

Dentro de las novedades presentadas en este sistema, se encuentra en que al cliente o infractor se le realizan pruebas de orina en días aleatorios con el fin de

¹⁶⁴ Ibídem, Pág. 56.

¹⁶⁵ Ibídem, Pág. 57.

¹⁶⁶ Ibídem, Pág. 58.

verificar si este se encuentra cumpliendo con el tratamiento establecido¹⁶⁷, no obstante, en caso de que la prueba indique que ha consumido sustancias estupefacientes, no necesariamente da lugar a la terminación del tratamiento puesto que se entiende que dentro de los principales riesgos de un proceso de rehabilitación es recaer en el vicio y por lo tanto se debe buscar por parte de los diferentes actores del Tribunal de Drogas que el individuo no abandone el tratamiento sino por el contrario incentivarle para logre esa rehabilitación mediante una Justicia Terapéutica.

4.4. Sanciones dentro de los Tribunales de Tratamientos de Drogas

Dentro de los Tribunales de Tratamiento de Drogas se establecen unas sanciones como respuesta al acto delictivo, dentro de las cuales se enuncian “...*advertencia por parte del Tribunal; comparecencia ante el Tribunal con mayor frecuencia; análisis de orina más frecuentes; horas de trabajo comunitario; ensayos; contratos de tratamiento; revocación de la libertad bajo fianza; y sanciones diferidas...*”¹⁶⁸.

Las sanciones diferidas consisten en que si hay incumplimiento por parte del infractor de alguna de las condiciones del programa, el mismo no es revocado sino que se difiere en un periodo corto de tiempo donde se le da la oportunidad de adoptar conductas que conlleven a la rehabilitación y en el caso de que cumpliera

¹⁶⁷ Ibídem, Pág. 66.

¹⁶⁸ Ibídem, Pág. 58.

con lo acordado no se le aplica sanción, pero en el caso de que exista incumplimiento se impondría una sanción más dura¹⁶⁹.

Como resultado final, las personas que logren el cumplimiento del programa asignado por parte del Tribunal de Tratamiento de Drogas, se dispone que el infractor recibiría penas no privativas de la libertad consistentes en una libertad condicional donde se estimula al usuario para la participación de programas de reinserción social¹⁷⁰.

Por último, cabe indicar que los resultados obtenidos por países que han adoptado este sistema de justicia terapéutico muestran índices satisfactorios, como en el caso de Canadá donde se indican las siguientes cifras “...*Un TTD del oeste de Canadá realizó un seguimiento de los participantes hasta 18 meses después de su graduación; más de la mitad no había reincidido en el delito...Ofrecer un tratamiento criminógeno en los TTD ayuda a los clientes a cambiar sus pautas de pensamiento delictivo y puede reducir la reincidencia en un 70%...Un TTD de Ontario que, solo en esa ciudad el TTD produjo una reducción anual de \$3 millones de dólares canadienses en los gastos relacionados con drogas. Las actividades delictivas requeridas para financiar el consumo de drogas (robos y/o narcotráfico) se estiman en otros \$9 millones, lo que totaliza un ahorro de aproximadamente \$12 millones...Un TTD informa que la frecuencia del consumo de drogas se redujo en un promedio de 28,5 días por mes durante la participación en el programa. Otro TTD*

¹⁶⁹ Ibídem, Pág. 59.

¹⁷⁰ Ibídem, Pág. 60.

*del Oeste de Canadá observó que alrededor de un tercio de los participantes no consumió drogas ni alcohol durante un año o más estando en el programa...Cuando se comparó a los participantes de un TTD con los clientes de un programa residencial con causas judiciales abiertas, se observó que la totalidad de los participantes del TTD no había consumido sustancias durante el periodo de seguimiento, a diferencia de solo el 64% de los que únicamente habían recibido tratamiento contra la dependencia de drogas sin el apoyo y la supervisión del TTD...*¹⁷¹.

4.5. Plan Piloto de Tribunales de Tratamientos de Drogas en Colombia

Para el caso colombiano en el año 2015, por parte del Gobierno Nacional se verifica una voluntad política para crear medidas alternativas respecto a la política de drogas en especial a la población menor de edad con el fin de reducir las vulnerabilidades de esta población de especial protección constitucional, y es así que con el auspicio del Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Fiscalía General de la Nación se diseña un programa de seguimiento judicial al Tratamiento de Drogas en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes¹⁷², dentro de los casos analizados a partir del Derecho Comparado se toma el caso Chileno donde se enuncia “...la experiencia chilena de los tribunales de tratamiento de drogas ha demostrado que

¹⁷¹ Ibídem, Pág. 68

¹⁷² Documento metodológico para la implementación del programa de seguimiento judicial al tratamiento de drogas el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes –SRPA-, Ministerio de Justicia de Colombia, 2016, pág. 12.

hasta marzo del año 2016 el 89% de los imputados (es decir, 9 de cada 10) egresados del TTD del poder judicial de Chile no solo disminuyeron su consumo de drogas y se insertaron socialmente, sino que, además, no han vuelto tener contacto con el sistema penal. Esto da cuenta que la cárcel no es siempre la mejor alternativa para que un consumidor de drogas no vuelva a consumir y que, muy por el contrario, existen otros mecanismos alternativos a la privación de la libertad, que permiten alcanzar mejores resultados...”¹⁷³.

Dentro del contexto colombiano, la privación de la libertad ha sido la principal respuesta por parte del Estado frente a los delitos relacionados con drogas y por lo tanto el enfoque de esa política criminal ve la necesidad de cambiar hacia un respeto de los Derechos Humanos y Salud Pública, para que de esta manera se pueda responder de una mejor manera frente a esta problemática social, donde el Estado pueda enfocar sus mayores esfuerzos en las estructuras criminales dedicadas al tráfico, venta o distribución y no en los eslabones mas débiles como son los consumidores y pequeños cultivadores¹⁷⁴, así se ha sido reconocido por nuestro Estado quien ha liderado varios encuentros Internacionales como es el ejercicio de la Presidencia de la Comisión Interamericana para el control del Abuso de Drogas (Cicad)¹⁷⁵, en el cual se ordenó la conformación de un grupo de soporte técnico

¹⁷³ Tomado de “Justicia y rehabilitación sin reincidencia” –Contreras, R. (2016). La Tercera-

¹⁷⁴ Documento metodológico para la implementación del programa de seguimiento judicial al tratamiento de drogas el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes –SRPA-, Ministerio de Justicia de Colombia, 2016, Pág. 17.

¹⁷⁵ En el Quincuagésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (Cicad), realizado en el mes de diciembre del 2013 en Bogotá.

(GST)¹⁷⁶ dando como resultado una implementación progresiva dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes ya que allí subyace un enfoque restaurativo establecido en la Ley 1098 de 2006, para lo cual se propuso la ciudad de Medellín como un escenario piloto y teniendo en cuenta que se debe contar con la participación de un equipo interdisciplinario se suscribe un convenio entre el Ministerio de Justicia y del Derecho con la ESE Hospital Carisma de Medellín como un socio de carácter técnico y científico, para adelantar las diferentes actividades de carácter terapéutico que el programa requiera¹⁷⁷.

Para la conformación de este sistema alternativo, mediante el Decreto 1885 de 2015 se creó el Sistema Nacional de Coordinación del Sistema de responsabilidad para Adolescentes –SNCRPA- donde básicamente se delimitan tres líneas estratégicas frente al programa planteado como lo son: “...i) *fortalecimiento de las medidas no privativas de la libertad*; ii) *implementación de un programa de pos egreso para adolescentes y jóvenes SRPA, con el fin de reducir los riesgos de reincidencia*; y iii) *implementación de mecanismos para la aplicación de la justicia restaurativa en el marco de la justicia juvenil...*”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ El grupo estuvo conformado por cinco expertos seleccionados por el gobierno de Colombia y la Cicad, a partir de criterios vinculados a la experiencia y conocimiento, atendiendo a la diversidad regional.

¹⁷⁷ Documento metodológico para la implementación del programa de seguimiento judicial al tratamiento de drogas el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes –SRPA-, Ministerio de Justicia de Colombia, 2016, Pág. 29.

¹⁷⁸ Ibídem, Pág. 45.

4.6. Aspectos procesales y normativos para el Programa de Seguimiento Judicial al Tratamiento de Drogas en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes

Dentro de este sistema actúan diferentes actores fundamentales como lo son: el adolescente, Policía de infancia y Adolescencia, Juez Coordinador de Servicios Administrativos del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, Juez con Función de Conocimiento, Fiscal, Defensor público o de confianza, defensor de familia, equipo técnico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Ministerio Público, profesional de enlace del tratamiento y víctima¹⁷⁹, de igual manera interviene un equipo interdisciplinario del área de la salud como un médico general de la IPS, psiquiatra, toxicólogo y médico especialista en farmacodependencia, personal de enfermería, psicólogo, trabajador social, terapeuta, nutricionista y educador físico¹⁸⁰, así mismo se requiere de la presencia de varios actores sociales como es la familia, servicios sociales, servicios de educación, servicios de empleabilidad, servicios de arte cultura y deporte¹⁸¹, etc.

Dentro del Sistema Procesal Penal Colombiano para adultos (Ley 906 del 2004) y para adolescentes (Ley 1098 de 2006), se identifican tres fases procesales como son una preliminar, otra de conocimiento y una última que corresponde a la ejecución de la pena o sanción, razón por la cual a continuación se indicará como

¹⁷⁹ Ibídem, Pág. 69 y 70.

¹⁸⁰ Ibídem, Pág. 72.

¹⁸¹ Ibídem, Pág. 73.

se utilizaría el programa enunciado dependiendo a la etapa procesal en que se encuentre el sujeto infractor, no obstante, como se anotó el plan piloto se encuentra dirigido hacia el procedimiento especial adelantado para los adolescentes.

4.6.1. Etapa preliminar

Dentro de esta etapa se puede presentar que el adolescente fuere aprehendido en situación de flagrancia (Artículo 191 de la Ley 1098 de 2006) o por orden judicial emitida por la autoridad competente, bajo esas situaciones fácticas se tiene que verificar que el menor cumpla con los criterios establecidos para el programa, así como el consentimiento informado por parte del menor y su representante legal¹⁸², para que de esta manera se proceda a la solicitud preferente del Principio de Oportunidad en la modalidad de suspensión del procedimiento a prueba (Artículo 174 de la Ley 1098 de 2006) en razón a que además de considerarse un mecanismo de justicia penal restaurativa permite que el adolescente reciba un tratamiento médico-terapéutico¹⁸³, y una vez cumplido lo anterior se remite al presunto infractor al programa de seguimiento judicial al tratamiento de drogas. Una vez el menor sea aceptado dentro del Programa de Seguimiento Judicial al Tratamiento de Drogas deberá someterse a ese tratamiento de carácter terapéutico, cuya finalidad es que supere el consumo de drogas que desvían su comportamiento, con una permanente

¹⁸² Ibídem, Pág. 48.

¹⁸³ Ibídem, Pág. 49.

vigilancia del Fiscal y Juez de Control de Garantías¹⁸⁴, cabe indicar que este procedimiento también resulta aplicable aun cuando el menor se encuentre privado de la libertad.

4.6.2. Etapa de conocimiento y etapa de la Ejecución de la sanción

Es de indicar que en nuestro Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), se precisan seis tipo de sanciones que se puede imponer como son: la amonestación, la prestación de servicios a la comunidad, la imposición de reglas de conducta, la libertad asistida, la internación en medio semi cerrado y la privación de la libertad, en caso de que el adolescente haya sido sancionado bajo una medida privativa de la libertad, por parte del Juez de Conocimiento previa verificación del cumplimiento de los requisitos se sustituye por una sanción no privativa de la libertad y de esta manera se remite el asunto al Programa de Seguimiento Judicial al Tratamiento de Drogas¹⁸⁵.

En lo que se refiere a la etapa de la ejecución de la sanción, al igual que en la etapa de conocimiento, cuando el infractor fuere sancionado con sanción privativa de la libertad se sustituye la misma y se imponen obligaciones no privativas correspondientes a presentaciones periódicas, prestaciones de servicios a la comunidad, compromiso de no volver a delinquir y guardar un buen

¹⁸⁴ Ibídem, Pág. 50.

¹⁸⁵ Ibídem, Pág. 54.

comportamiento¹⁸⁶, aclarando que en caso de que se incumplan las mismas perdería el Derecho a seguir con el Programa y el cumplimiento de la sanción inicialmente prevista bajo la medida privativa de la libertad¹⁸⁷.

Los delitos que inicialmente conoce este plan piloto son los de violencia intrafamiliar, hurto calificado y el de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, así mismo dentro de los requisitos es que el infractor se encuentre en una edad mayor de 14 y menor de 18 años de edad en el cual se debe contar con su compromiso voluntario y el de la familia, la ruta jurídica tal y como se anunció de manera precedente es el principio de oportunidad o medidas complementarias a la sanción, se realizan audiencias de seguimiento y la ruta sanitaria mediante EPS o IPS.

Frente al seguimiento y egreso del programa, esta se desarrolla en dos momentos, una de ellas de carácter clínico realizadas mediante el equipo de trabajo donde el infractor recibe el tratamiento con el equipo asistencial de la IPS y las otras de carácter interdisciplinario con la participación de todos los actores o intervinientes donde le informan al juez o Fiscal de manera periódica la evolución del caso sobre las obligaciones adquiridas por parte del infractor, para que de esta manera se pueda determinar la aplicación de incentivos o medidas disciplinarias a que haya lugar¹⁸⁸ como por ejemplo aumentar la frecuencia de las audiencias o reuniones de

¹⁸⁶ Ibídem, Pág. 55.

¹⁸⁷ Ibídem, Pág. 55.

¹⁸⁸ Ibídem, Pág. 81.

seguimiento, controles toxicológicos con mayor frecuencia, revocatoria de la medida alternativa que permitió la derivación del programa¹⁸⁹.

Los términos del tratamiento clínico y procesal son los indicados por el funcionario judicial, no obstante dentro de la propuesta recomendada para el plan piloto es de hasta 18 meses el cual quedará consignado en el acta de compromiso o el auto o sentencia que suspende el ejercicio de la acción penal¹⁹⁰, así mismo la frecuencia de las reuniones o audiencias de seguimiento deben ser establecidas por el equipo del programa y avaladas por parte del funcionario judicial¹⁹¹.

Por último cabe señalar, que en caso de que el menor infractor logre graduarse del respectivo programa se impondrían sanciones no privativas de la libertad como lo es residir en un lugar determinado e informar cualquier cambio, participación de programas especiales de tratamientos de drogas o bebidas alcohólicas, prestación de trabajo social a favor de la comunidad o la observancia de una buena conducta individual, familiar o social¹⁹².

Conforme a lo expuesto en este capítulo, resulta claro que a nivel internacional existen alternativas diferentes a la privación de la libertad para conductas derivadas de consumidores de sustancias estupefacientes o delitos conexos a esta actividad, tal y como se evidencia los Tribunales de Tratamiento de Drogas muestran unos

¹⁸⁹ Ibídem, Pág. 108.

¹⁹⁰ Ibídem, Pág. 103.

¹⁹¹ Ibídem, Pág. 104.

¹⁹² Ibídem, Pág. 102.

resultados más que satisfactorios a partir de lo observado dentro del Derecho Comparado, donde se busca más que una respuesta coercitiva penal para este tipo de infractores una justicia terapéutica, y de esta manera se logre una real rehabilitación y resocialización del individuo resultando más efectivas que la penas carcelarias o de similar naturaleza.

V CONCLUSIONES

En Colombia, antes de la expedición de la ley 30 de 1986 aquel individuo que portaba cantidades inferiores a la dosis personal, era considerado por la legislación, como un delincuente común, ello porque la norma daba un tratamiento punitivo a las personas que portaran “*la dosis personal*”. La Corte Constitucional en la icónica sentencia C-221 de 1994 declaró inexecutable los artículos que disponían sanciones de arresto y multas para las personas que llevaran consigo sustancias estupefacientes a las cantidades legalmente permitidas, por cuanto estas disposiciones eran violatorias de derechos fundamentales superiores como el libre desarrollo de la personalidad. De manera reciente el alto tribunal reiteró esta posición al declarar inexecutable los artículos 33 y 140 del código de policía que restringían y multaban a los ciudadanos que consumieran licor o sustancias estupefacientes en el espacio público, Consideró la corte que estas conducta no ponían en riesgo ni la convivencia, la seguridad ni mucho menos la salud pública.

No obstante ello, la tendencia actual continua una clara tendencia hacia la penalización del consumo de sustancias estupefacientes, esto indudablemente, se encuentra acorde con los postulados punitivistas y restrictivos con que se ha manejado la política antidrogas en Colombia y en gran parte del mundo durante las últimas décadas. En primer lugar, porque desde el punto de vista conceptual, la naturaleza alcance de la protección del bien jurídico de la salud pública, el orden económico y social, la seguridad pública y su protección son empleados como argumentos con los que se sustentan doctrinalmente las medidas antidrogas en nuestro país. En concreto se hallan las medidas adoptadas en contras de los infractores del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, disposiciones consagradas en título XIII y artículo 376 del código penal respectivamente.

Una definición del bien jurídico de la salud pública, puede hallarse en su titularidad, gracias a que esta va dirigida a la protección de derechos colectivos, tales como los descritos por el artículo 49 de la constitución nacional. Es decir, se trata de intereses difusos e indivisibles *“Cuando sea conceptual, fáctica o jurídicamente imposible dividir tal bien en partes y atribuirles de forma individual en tanto porciones”*, por ello, en el ámbito de protección de dicho bien, se halla un problema de definición de la misma, dado su carácter amplio y difuso, es por ello la jurisprudencia de las cortes ha dispuesto que cuando la conducta desplegada por el sujeto activo de la acción señalada en el artículo 376 del código penal, esto es, cuando la sustancia estupefaciente es encontrada a la persona en cantidades que se encuentren dentro de la dosis personal señalada en el artículo 2 de la ley 30 de 1986 o que sobrepasen

dicha cantidad, para que exista una verdadera afectación del bien jurídico, los estupefacientes deben estar dirigidos a su distribución o venta.

Lo anterior porque se tiene que señalar como el derecho penal tiene un carácter fragmentario, esto quiere decir, que sirve como instrumento para limitar los ataques más violentos contra las bienes jurídicos establecidos penalmente, razón por la que se entiende que no todas las conductas desplegadas por la persona en contra de un bien jurídico son de interés para el derecho penal, sino solo las que representen un especial grado de peligrosidad frente al bien jurídico que se intenta proteger. Por lo que el derecho penal solo podrá considerar como conductas delictivas las que pongan en peligro o lesionen los bienes jurídicos concretos, y es claro que en este caso, el porte o el llevar consigo cantidades que excedan de manera ligera la dosis mínima de ninguna manera afectan el bien jurídico general y difuso de la salud pública.

Por esa razón se considera que la norma establece una sanción desproporcionada a los consumidores de estupefacientes, gracias a que, la acción desplegada por estos, no resulta en efecto de gran trascendencia, ni revisten una especial grado de peligrosidad frente al bien jurídico tutelado de la salud pública, prueba de ello es la reciente declaratoria de inexecutable de los artículos 33 y 140 del código penal, también es evidente que el Estado y sus autoridades no han podido demostrar que más allá a la afectación de la salud y la psiquis del consumidor individual, halla afectación a bienes jurídicos de carácter general, circunstancias que nos permiten

inferir razonablemente que la protección de ese bien jurídico no pasa por la actitud punitivista de las normas antidrogas en Colombia.

De igual manera, el concepto de antijuricidad material en relación con el bien jurídico tutelado de la salud pública, dispone que para que una conducta típica sea punible se requiere que *“lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”*. Lo anterior quiere decir que no basta la transgresión al aspecto formal de la norma penal sino que de manera efectiva se ponga en peligro o se lesione el bien jurídico tutelado. Por ello, si una persona es encontrada con sustancias estupefacientes portando una dosis mínima o cuando se sobrepasa ese tope efectivamente no se vulnera o lesiona el bien jurídico de la salud pública, lo cual solo expresa que existe una evidente antijuricidad material de las conductas reguladas por las normas antidrogas.

Tampoco se encontró que al aplicar la ley penal ordinaria y emitir condenas con imposición de penas exclusivamente en establecimiento carcelario, se haya reducido el consumo, o se haya protegido el bien jurídico de la salud pública, ello no resulta plausible porque que sin que haya un tratamiento legislativo especial de las personas que sean consumidoras o que hayan sido capturadas en cantidades no desmesuradas, la pena les haya disuadido de continuar con su dinámica de consumo. Antes por el contrario lo que muestran las cifras oficiales es un aumento del consumo de sustancias estupefacientes, sobre todo en jóvenes de estratos bajos.

La pena debe cumplir funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, no obstante uno es claro que la norma no cumple con esos criterios preventivos o si existe una retribución justa y una verdadera reinserción social, para las personas que son judicializadas por portar cantidades que superen de manera leve la dosis personal cuando el verbo rector sea "*llevar consigo*" o merecen otro tipo de respuesta del estado como medidas terapéuticas porque simplemente para este tipo de infractores no se cumplen los fines de la pena establecidos en la Legislación Colombiana , sino que estas personas merecen un tratamiento bajo una política de rehabilitación y prevención en concordancia con lo dispuesto en la Ley 1566 del 31 de julio del 2012 donde se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas .

Cabe señalar que las posibilidades con que cuenta el juez de conocimiento cuando a su consideración la conducta resulta típica, antijurídica y culpable frente a casos de personas consumidoras que son procesados cuando las cantidades superan la dosis personal permitida, son muy limitada. Salvo dar aplicación esporádica y marginal de la excepción de inconstitucionalidad, los jueces no suelen apartarse de lo dispuesto por la ley penal ordinaria, ley 1709 del 2014 la que dispone que por la naturaleza del delito solo cabe la imposición de penas en establecimiento carcelario, esto incluso a contramano de la jurisprudencia emanada por la corte suprema de justicia que considera que incluso esta conducta resulta atípica.

Por último, es claro que la política antidrogas basada en el enfoque punitivo, no resulta proporcional y adecuada, para que el operador judicial de prevalencia a derechos fundamentales como el libre desarrollo a la personalidad y libertad, esto, en atención a un juicio de ponderación que debiera realizar el juez a fin de determinar si existe necesidad y proporcionalidad de la pena u otra sanción alternativa, ello incluso porque para la corte suprema de justicia esta conducta resulta atípica. Para la jurisprudencia constitucional en un Estado democrático y liberal no pueden imponerse penas que resulten desproporcionadas o inútiles desde el punto de vista de utilidad social y por lo tanto da lugar a sanciones para los consumidores como el internamiento en centros de rehabilitación en aplicación de medidas alternativas.

Por esto, es claro que lo más adecuado y proporcional para dar respuesta a esta problemática, atendiendo lo dispuesto por la jurisprudencia de las altas cortes, constitucional y suprema de justicia, es la creación de Tribunales de Tratamiento de Drogas, como una alternativa de justicia terapéutica diferente al internamiento en establecimientos carcelarios o medidas privativas de la libertad para este tipo de infractores de la ley penal. Resulta de suma importancia establecer que la finalidad de estos tribunales se encuentra dirigida a lograr una justicia terapéutica, más que lograr una respuesta coercitiva propia del derecho penal, donde en el eje fundamental es la salud del individuo puesto que por su condición de adicto puede llegar a repercutir en la comisión de otras conductas punibles, además de tratar este problema como se tratan el resto de problemas asociados al consumo de sustancias

estupefacientes legales, como el tabaco y el licor, como un problema de salud pública.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, ROBERT, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en Neocunstitucionalismo (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Derecho Procesal Penal. Tomo II Buenos Aires. Rubizal Culzoni.

AVELLA. P. O. Estructura del proceso penal acusatorio. Bogotá, Printed Editores 2009.

ARAQUE MORENO, Diego. Lecciones de derecho penal. Bogotá 2015. Ibáñez.

BERNAL CANO, Natalia, “*La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia*”, Bogotá, 2002.

BERNATE, OCHOA, Francisco. La legitimidad del Derecho penal. Bogotá 2007. Editorial. Ibáñez.

CAMACHO GUIZADO, Álvaro, Droga y Sociedad en Colombia: El poder y el estigma. Cali, Universidad del Valle, 1988.

Colombia, Comisión para política de drogas en Colombia, (2013, Mayo, Bogotá D.C.), “Lineamientos para una política pública frente al consumo de drogas”.

Cote, Gustavo, “La Necesidad de la Pena – Reflexiones a partir de los Artículos 3 y 4 del Código Penal” publicado en: Revista Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas N. 114, Bogotá, 2007, pag 191-225

Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia. Lineamientos Para una Política Publica Frente al Consumo de Drogas en Colombia. Bogotá, mayo de 2013.

Corporación Excelencia en la Justicia. Balance del funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio. Boletín de actualización 2012 – 2014. Disponible en: <file:///C:/Users/Cristhian/Desktop/Balance%20SPA%202012-2014.pdf>

Diario El Tiempo. Bogotá D.C. En porte de drogas, fallo avala derecho a auto daño Consumidores con dosis mayor a lo permitido –con fines no comerciales- son enfermos. Por: Milena Sarralde Duque 04 de abril 2017. Sección Justicia.

ECHANDÍA REYES, Alfonso. (2017, Undécima edición), pág. 98. *Derecho Penal*. Bogotá: Temis

ESTRADA, ÁLVAREZ. Jairo. El modelo neoliberal 1970 – 1994. Bogotá 2005. El Ancora Editores.

FERNÁNDEZ, CARRASQUILLA. Juan. Derecho Penal Parte General. Vol. I. El delito: Visión Positiva y Negativa.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de procedimiento Sistema Penal Acusatorio. Bogotá. 2013.

GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Herejías Constitucionales. Legis 2010.

GÓMEZ OTÁLORA. Jorge. (2016, Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia), pág. 137. Derecho Penal. Aspectos Dogmáticos y Procesales del delito de Narcotráfico.

GÓMEZ LÓPEZ Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal (La Tipicidad). Tomo III. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley. 2005.

GUZMÁN RODRÍGUEZ, D. y Uprimny Yepes, R. Pensar el problema de las drogas junto a la paz. Noviembre 7 de 2013. En Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/pensar-el-problema-de-las-drogas-junto-a-la-paz/>

HENAO, HIDRÓN. Javier. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá 2010. Editorial Temis.

HEFENDEHL, R. La Protección Penal De Los Bienes Colectivos en la sociedad moderna. Comares, 2003.

HERNÁNDEZ ÁLVAREZ. Mario. El derecho a la salud pública. Obstáculos estructurales para su realización. Revista de salud pública. Bogotá D.C. 2000. Universidad Nacional de Colombia. Vol. 2 – 121 – 144. 2000.

HURTADO GÓMEZ, Enrique. La tragedia de la droga. Perspectiva de una solución. Bogotá. 2006. Temis.

IBÁÑEZ, GUZMÁN. Augusto. Derecho Penal y Función Judicial. Bogotá. Universidad Javeriana, Ibáñez.

LESCH, Heiko, La función de la Pena, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

LÓPEZ GÓMEZ. Jesús. La tragedia de la droga. Esquema de la teoría del delito. Bogotá: Ibáñez. 2015.

LÓPEZ GÓMEZ, Jesus. Esquema de la teoría del delito. Bogotá: 2015. Ibáñez

MARÍN, MARÍN. Luis, E. Análisis Jurídico del porte de estupefacientes en consumidores. Monografía. Universidad de Medellín 2010.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Tendencias en la judicialización y alternativas al encarcelamiento para los delitos de drogas. Bogotá, Marzo de 2016.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Observatorio de Drogas. Reporte de drogas Colombia 2017. Bogotá. Octubre de 2017.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Análisis del ciclo criminal del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes 2008 - 20012. Bogotá 2013.

MERLANO SIERRA, Javier, E. Aspectos generales de la potestad punitiva del estado: la identidad sustancial entre delitos e infracciones administrativas y la aplicación analógica de la ley. Barranquilla: Educosta, 2017.

MONRROY SIERRA, Jerónimo. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Barranquilla, Antillas 2005.

MOLINA, PÉREZ, Teresa. El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. Argentina. Anuario Jurídico y economice Escorialense. XXXVIII 2005 93 – 116.

MOLINA, LÓPEZ. Ricardo. La conformidad en el proceso penal. (Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana). Tesis doctoral Universidad de Sevilla. Sevilla 2010.

MOYANO, HERNÁN. Pedro. Relación Entre Tipicidad y Antijuridicidad. Instituto de Estudios Políticos. Octubre 13 de 2015. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/327467863/Relacion-Entre-Tipicidad-y-Antijuridicidad>

JARAMILLO. L. J. (1995). “*Ciencia y Tecnología y Desarrollo*”. Bogotá ICFES, Icesi, Serie. Aprender a Investigar. Módulo 1. 1995. 1.3.2. Investigación Básica. 1.3.3. La investigación aplicada.

Comisión Interamericana para el control del Abuso de Drogas. Tribunales de Tratamiento de Drogas: Una respuesta internacional para infractores dependientes de drogas. Un enfoque práctico de los Tribunales de Tratamiento de Drogas para los responsables de políticas v.; cm (OEA documentos oficiales; OEA/ Ser. L/XIV.6.10),

POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA. Observatorio Policía Nacional Delito de Tráfico de Estupefacientes. Bogotá 2014.

POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA. Estrategia institucional para la seguridad ciudadana: plan nacional de vigilancia comunitaria por cuadrantes (PNVCC). Bogotá 2010.

POSADA MAYA, Ricardo. El delito continuado. Bogotá. Revista N° 38 Ene.-Mar. 2012.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto número 1377 de 30 de agosto de 1930 “Por el cual se reglamenta la Ley 118 de 1928”.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 0896 de fecha 11 de marzo de 1947.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto Número 923 de fecha 4 de abril de 1949 “Por el Cual se prohíbe el cultivo y comercio de una planta”.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 1858 del 4 de septiembre de 1951 “por el cual se dictan unas disposiciones penales y policía”

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 14 del 12 de enero de 1955 “Por el cual se dictan disposiciones sobre prevención social”.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto Número 1699 de fecha 16 de julio de 1964, “Por el cual se dictan disposiciones sobre conductas antisociales”.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 1118 del 15 de julio de 1970 por el cual se expide el estatuto de contravenciones”.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 522 del 27 de marzo de 1971 “Por el cual se restablece la vigencia de algunos artículos del Código Penal, se definen como delitos determinados hechos considerados hoy como contravenciones, se incorporan al Decreto-ley 1355 de 4 de agosto de 1970 determinadas contravenciones y se determina su competencia y procedimiento, se modifican y derogan algunas de las disposiciones de dicho Decreto, se deroga el Decreto-ley 1118 de 15 de julio de 1970 y se dictan otras disposiciones.

ROXIN, Claus. (2008). *Fundamentos Político-criminales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte General - fundamentos, la estructura de la teoría del delito, 2ª. Edición, tomo I, Madrid, Ed. Civitas, 1997.

ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.

SAULOY, Mylène. & LE BONNIEC. Yves. “¿A quién beneficia la cocaína? Bogotá D.C. 1996. Tercer Mundo Editores.

SHULTZ, P, George. y Aspe, Pedro. “El fracaso de la guerra contra las drogas”. New York. Diario The New York Times. 03 de enero de 2018. Página Editorial.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. “El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento”, Editorial Comares (Estudios de Derecho Penal y Criminología), 2006.

TOCORA, Fernando. La droga: Entre la narcocaricia y la legalización. Bogotá.

TORRES, SILVERA. Jorge. Legalización de la captura, derechos y garantías. Revista. Pensamiento Americano, 6 - 11. Barranquilla 2013. Págs. 69-96.

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Análisis de las políticas públicas en torno a la prisión. Revista de la Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal Volumen 1 • N.º 2.

UPRIMNY, Rodrigo; Rodríguez Garavito, César Augusto y García Villegas, Mauricio. “¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia”. Bogotá. 2006. Barcelona, España. Grupo Editorial Norma.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, Guzmán, Diana Esther & Parra Norato, Jorge Alberto. *“Diálogos de paz y drogas: posibilidades en medio y más allá del prohibicionismo”*. Bogotá, 2011. Revista Foro Nacional por Colombia. Edición 78 noviembre de 2011.

VELÁSQUEZ., F.V. *Drogas Problemática actual en España y América*. Bogotá: 1998. Temis.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “Manual de Derecho penal, parte general”. 5ª. ed. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2013.

VEGA, ARRIETA. Harold. “El análisis gramatical del tipo penal”. Bogotá 2016. En Justicia, 29, 53-71. [http:// dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1233](http://dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1233)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Manual de Derecho Penal. Parte general”, EDIAR, Bs.As, 4 edición, 1985.

Tratados, Convenios y acuerdos internacionales

Acuerdo sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicas Buenos Aires, 27 de Abril de 1973.

Convenio Internacional del Opio dado en la Haya, el 23 de enero de 1912.

Convención Internacional sobre restricción en el tráfico del Opio, Morfina y Cocaína, 19 de febrero de 1925.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Convenio sobre sustancias sicotrópicas 1971. Disponible en el siguiente enlace. https://www.unodc.org/pdf/convention_1971_es.pdf

Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. UNODC. Aportes desde el derecho penal, el derecho internacional y las organizaciones no gubernamentales. Bogotá D.C. Convenio Interinstitucional – Universidad del Rosario. 2009.

CORTES

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Casación 17 de septiembre de 2018, Radicado 29772

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Casación de fecha 18 de febrero del 2018. Radicación 50512.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP11726-2014. Magistrado José Leónidas Bustos.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Radicación 42617 de fecha 12 de noviembre del 2014.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Radicación 41760 de 2016.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicación 44997 del 11 de julio del 2017

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, Expediente D-2787 del 2 de agosto del 2000.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP11726-2014. Magistrado. José Leónidas Bustos.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP15519-2014. Magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas nº 1 STP17679-2015. Gustavo Enrique Malo Fernández

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Expediente D-2787 del 2 de agosto del 2000.

Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional, Expediente No D-429 de fecha 5 de mayo de 1994.

Corte Constitucional, Expediente D-3869 de fecha 27 de agosto de 2002.

Corte Constitucional, Expediente D-3665 de fecha 28 de mayo del 2002

Corte Constitucional, Radicado D-4837 de fecha 10 de febrero del 2004.

Corte Constitucional, Expedientes D-7208 y D-7211 de fecha 10 de septiembre del 2008.

Corte Constitucional, Expediente D-8371 de fecha 22 de julio del 2011

Corte Constitucional, Expediente D-8842 de fecha 28 de junio del 2012

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 278 de 1994. M.P. Hernando Barrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 996 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 297 de 2016. Magistrada Ponente. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Leyes

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 599 de 2000, Artículo 376

Congreso de Colombia. Ley 118 de fecha 22 de noviembre de 1928. “Por la cual se adiciona la Ley 11 de 1920, sobre importación y venta de drogas que formen hábito pernicioso, y se dictan otras disposiciones relativas al servicio de higiene”.

Congreso de la República, Ley 18 de del 23 de octubre de 1933 “Por la cual se autoriza al Gobierno para adherir a la convención sobre limitación de la manufactura y reglamentación de la distribución de narcóticos”.

Congreso de la República de Colombia, Ley 95 del 24 de abril de 1936 “Sobre Código Penal”

Congreso de Colombia, Ley 45 de 18 de diciembre de 1946 “Por la cual se subrogan algunas disposiciones de los Códigos Penal y Procedimiento Penal y se adicionan otras de la Ley 167 de 1941.

Congreso de Colombia. Ley 11 del 13 de septiembre 1920 “Ley sobre importación y venta de drogas que formen un hábito pernicioso”.

Congreso de la República de Colombia, Ley 48 del 13 de marzo de 1936 “Sobre vagos, maleantes y rateros”

Congreso de la República de Colombia, Ley 30 de 1986 “Por el cual se adopta un Estatuto Nacional de estupefacientes y se dictan otras disposiciones”.

Congreso de la República de Colombia Ley 599 del 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”.

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 30 de 1986. Artículo 86.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1453 del 24 de Junio de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras materias en materia de seguridad”

Congreso de la República de Colombia, Ley 1787 del 6 de julio del 2016 “por medio del cual se reglamenta el Acto Legislativo 02 de 2009.

Congreso de la Republica de Colombia, Acto Legislativo 02 de 2009.

Ley 45 de 18 de diciembre de 1946 “Por la cual se subrogan algunas disposiciones de los Códigos Penal y Procedimiento Penal y se adicionan otras de la Ley 167 de 1941.