

DERECHO Y DROGAS: INCONSISTENCIAS DE LA POLÍTICA PÚBLICA Y PENITENCIARIA *

JUAN CAMILO BEDOYA CHAVARRIAGA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Resumen

La legislación en materia de drogas en Colombia obedece a un fenómeno social de alto impacto en todo el país. Este se encuentra ligado a la delincuencia común y al conflicto armado, razón por la cual es un tema de especial relevancia en el marco de un eventual posconflicto. No obstante, las normas en materia de estupefacientes son inconsistentes, no solo en relación con los conceptos médicos, sino con la norma misma y los principios que rigen el ordenamiento jurídico. Por esto, se hace necesario analizar la normatividad en conjunto, con base en las normas referentes al consumo, al tráfico y a otras actividades asociadas con su uso, para proponer soluciones reales y efectivas a los conflictos normativos, las inconsistencias técnico-jurídicas y las políticas públicas que ha establecido el país en torno a las sustancias estupefacientes, su consumo y cadena de producción.

Palabras clave: drogas, dosis personal, homicidio culposo, despenalización y legalización.

El autor: estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: jucbedoyach@unal.edu.co

Recibido: 25 de septiembre de 2015; **evaluado:** 9 de octubre de 2015; **aceptado:** 30 de octubre de 2015.

* El presente artículo es resultado de investigación del grupo Sustancias psicoactivas, de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia.

LAW AND DRUGS: INCONSISTENCIES ABOUT THE PUBLIC AND PENITENCIARY POLICY

JUAN CAMILO BEDOYA CHAVARRIAGA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Summary

Legislation on drugs in Colombia follows a high-impact social phenomenon across the country. This is linked to common crime and armed conflict, which is why it is an issue of particular relevance in the context of a post-conflict situation. However, the rules on drugs are inconsistent, not only regarding to medical concepts, but with the same standard and principles that govern the legal system. Therefore, it is necessary to analyze the regulations as a whole, based on the rules related to consumption, traffic and other activities associated with its use, to propose real and effective regulatory conflict solutions, technical and legal inconsistencies and public policies that has set the country on narcotic substances, consumption and production chain.

Keywords: drugs, personal dose, culpable homicide, decriminalization and legalization.

About the author: Law student at the National University of Colombia. Email: jucbedoyach@unal.edu.co

Received: September 25, 2015; **reviewed:** October 9, 2015; **accepted:** October 30, 2015.

Introducción

Todo lo que uno hace en la vida, y lo mismo en el amor, se hace a bordo del tren expreso que rueda hacia la muerte. Fumar opio es abandonar el tren en marcha; es ocuparse de otra cosa que no es la vida ni la muerte.¹

El consumo de sustancias estupefacientes es una realidad innegable en las sociedades modernas y constituye una problemática bastante extendida en todo el país. A comienzos del siglo pasado, el consumo había adquirido tal dimensión social, que era común la existencia de locales especializados denominados “cuevas”.² El alto consumo de opio durante el siglo XIX y comienzos del siglo XX tuvo como resultado las guerras del opio, mediante las cuales se le impuso a China el libre comercio de esta sustancia. Más adelante, se organizó una cruzada internacional contra las drogas.

En Colombia, el porte y consumo de sustancias estupefacientes ha suscitado profundos debates en los últimos treinta años. A partir de la promulgación de la Ley 30 de 1986 y las múltiples líneas jurisprudenciales y los enfoques legales, se ha pasado de considerar al consumidor como un delincuente a ver en él a un ser humano que padece una enfermedad sobre la que carece de poder; un ser necesitado del auxilio estatal para salir de esta precaria situación. La Corte Constitucional ha dicho:

[...] la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado.³

La jurisprudencia y las leyes han presentado múltiples inconsistencias, por ignorar tanto los conceptos médicos en el desarrollo de la ley como las realidades sociales que involucran y rodean el consumo de sustancias estupefacientes. De ahí resulta que la legislación existente acerca de drogas ha dejado de ser efectiva, insuficiente para disuadir a los criminales y, en muchos casos, violatoria del principio de legalidad que, en materia penal, se aplica a las penas privativas de la libertad.

¹ Jean Cocteau, *Opium* (Barcelona: Planeta, 2009), 31.

² Diana L. Ahmad, *The Opium Debate and Chinese Exclusion Law in the Nineteenth-Century American West* (Las Vegas: University of Nevada Press, 2007), 31-75.

³ Corte Constitucional, *Sentencia T-814 de 21 de agosto de 2008*, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Es necesario preguntarse ¿cuáles son los apartes de la legislación en asuntos de drogas que presentan inconsistencias en relación con las leyes y con los conceptos médicos? En principio, es posible afirmar que existen contradicciones entre las penas tasadas para el narcotráfico y los principios del Derecho Penal, en tanto no existe una política clara para ciertas sustancias —inexistente para alguna—; su porte, consumo y distribución están prohibidos. Además, es paradójico que se trate a los consumidores como enfermos, a la vez que como seres racionalmente libres, en tanto no les es posible adquirir las drogas que necesitan sin verse mezclados en la cadena de criminalidad al financiar la misma y su perpetuación, mediante el intercambio monetario.

Para abordar esta temática, empezaremos por hacer un breve barrido del consumo histórico de sustancias estupefacientes, analizaremos las inconsistencias del concepto “dosis mínima” o “dosis personal” y propondremos algunas medidas a implementar, tras una revisión de la legislación extranjera en el tema. Seguido a ello, se revisarán los problemas que presenta en materia de criminalización y ejecución de las penas, la tipificación penal del delito de narcotráfico y los tipos conexos.

Origen del concepto de sustancia psicoactiva

*Y prefiero al constance y al opio y a los nuits
el licor de tu boca donde triunfa el amor;
cuando hacia ti mis ansias parten en caravana,
tus ojos son cisternas para aplacar mi hastío.⁴*

El consumo de sustancias psicoactivas está ligado a la historia misma de la humanidad. Al comienzo de la civilización se usaban con fines religiosos y luego, culturales o recreativos. Se considera que las primeras sustancias de carácter exógeno⁵ utilizadas por humanos fueron el resultado de una coevolución entre los reinos animal y vegetal.⁶

En épocas primitivas, su uso fue enteógeno, es decir, ligado a la divinidad y lo místico, pues con la ingesta de estas sustancias se buscaba alcanzar una

⁴ Charles Baudelaire, “Sed non Satiata” en *Las flores del mal*, (Bogotá: Oveja negra, 1982), 35.

⁵ Se entiende por sustancias exógenas aquellas que tienen su origen fuera del organismo.

⁶ Antonio Escohotado, *Historia elemental de las drogas*, 4a ed. (Barcelona: Anagrama, 1996), 6-8.

comunicación directa con los dioses.⁷ Estos primeros usos se atribuyen a los chamanes de Siberia. De la misma forma, se registran consumos ceremoniales en América, alrededor del siglo X a. C., cuando aparecieron las primeras expresiones artísticas, relacionadas con estos. En países como Guatemala se encuentran tallas con forma de hongos y en Los Andes, rostros que exhibían el mascado de la hoja de coca.⁸

En tierras griegas empezaba a delimitarse el concepto de droga (*pharmakon*), en el *Corpus Hippocraticum* y también encontramos manifestaciones jurídicas tempranas. En Oriente, el Código de Hammurabi hacía referencia a “sustancias embriagantes”, así como en la Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis (Ley Cornelia de asesinos y envenenadores),⁹ en la que se establecía: “Droga es una palabra indiferente, donde cabe tanto lo que sirve para matar, como lo que sirve para curar y para los filtros de amor, pero esta ley solo reprueba lo usado para matar a alguien”.¹⁰

En 1969, la OMS definió droga como: “Toda sustancia que introducida a un organismo vivo pueda modificar una o varias de sus funciones”.¹¹ Esta noción perduró por más de una década y fue tomada como sinónimo de fármaco, hasta que, en 1982, fue reemplazada por la de “droga de abuso”, utilizada para conceptuar y delimitar parámetros alrededor del término droga y separar aquellas sustancias que pudieran causar dependencia¹² de aquellas que presentan efectos benéficos para la salud.

En la actualidad, el término “sustancia psicoactiva” engloba distintos tipos de sustancias, sin tener en cuenta su origen, siempre y cuando tengan la capacidad de modificar funciones psíquicas de un organismo vivo.¹³

⁷ Antonio Escotado, *Historia elemental de las drogas*, 4a ed. (Barcelona: Anagrama, 1996), 9-14.

⁸ Antonio Escotado, “La antigüedad remota” en *Las drogas: de los orígenes a la prohibición* (Madrid: Alianza, 1994), 60-80.

⁹ Aaron X. Fellmeth y Maurice Horwitz, *Guide to Latin in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 135.

¹⁰ Alí Viquez Jiménez, *Biografías de hombres ilustres* (San José: Universidad Estatal a Distancia, 2002), 89-110.

¹¹ World Health Organization, “WHO Expert Committee on Drug Dependence”, *WHO Technical Report Series*, núm. 915 (2003).

¹² World Health Organization, “WHO Expert Committee on Drug Dependence”.

¹³ Jairo Téllez Mosquera y Juan C. Bedoya Chavarriaga, “Dosis personal de drogas: inconsistencias técnico-científicas en la legislación y la jurisprudencia colombiana”, *Persona y Bioética* 10, núm. 1 (2015): 102.

Inconsistencias técnico-científicas del concepto “dosis personal”

El término “dosis” es, a grandes rasgos, un concepto propio de las Ciencias Médicas y la Biología. Desde el “punto de vista [toxicológico], se entiende como la cantidad de una sustancia a la cual un organismo vivo es expuesto o le es administrada en un periodo de tiempo”.¹⁴ La dosis se determina en relación con el índice de masa corporal de cada individuo y guarda una estrecha relación con la cantidad que absorbe un organismo de dicha sustancia en un lapso específico y mediante un mecanismo de exposición determinado.¹⁵

Resulta lógico pensar que el mayor o menor grado de toxicidad que presenta una sustancia sobre el organismo, así como los efectos sobre un determinado individuo, están asociados con las características individuales de la persona, al igual que con las propiedades toxicológicas de la sustancia administrada. De estos factores depende el efecto de la sustancia en el organismo, así como una posible intoxicación o sobredosis.¹⁶

Ahora bien, en el Artículo 2, literal j de la Ley 30 de 1986, la legislación define la cantidad de marihuana, cocaína y metacualona (con sus derivados) que es posible llevar consigo para el consumo personal. Esta Ley ignora la individualización y el tiempo y, por ende, las particularidades y la resistencia adquirida, en virtud de la cual el individuo se ve impulsado a aumentar sus dosis de consumo.

En conclusión, la dosis señalada carece de un sustento médico-farmacológico; de ahí que es necesario entender que esta es una “provisión para consumo” y no la mal denominada dosis mínima¹⁷ o dosis personal. Por lo tanto, se requiere una revisión sistemática por parte de la Farmacología al concepto y a la cantidad de lo plasmado como dosis personal en la legislación nacional.

¹⁴ Téllez Mosquera y Bedoya Chavarriaga, “Dosis personal de drogas”, 103-104.

¹⁵ Manuel Reppetto Jiménez y Guillermo Kuhn, “Conceptos y definiciones: Toxicología, toxicidad” en *Toxicología fundamental*, 4a ed., (México D. F.: Díaz de Santos, 2009), 35.

¹⁶ Kent Olson, “Comprehensive Evaluation and Treatment: Emergency Evaluation and Treatment” en *Poisoning & Drug Overdose*, 4a ed., (Los Angeles: McGraw Hill, 1999), 35-76.

¹⁷ Al respecto, puede verse la Sentencia C-491 de 2012 de la Corte Constitucional.

Políticas internacionales de drogas

Aun cuando, en épocas recientes, la legislación de ciertos países ha atenuado la punición o ha permitido el consumo de algunas sustancias estupefacientes como la marihuana, la Organización de las Naciones Unidas mantiene la criminalización de la producción, el tráfico y el consumo como posición en la lucha contra las drogas. Esta tendencia se ha visto atenuada en América Latina en los últimos años, mediante la implementación de políticas de todo tipo para enfrentar el problema del uso de drogas ilícitas, teniendo como pilares la despenalización o descriminalización del usuario, en el marco de una política de reducción de daños que consiste en darle el trato de asunto en salud pública. Debido a ella, hoy se considera al adicto “como una persona que precisa ser auxiliada en [lugar] de criminalizada y castigada”,¹⁸ mas esta política no es del todo uniforme.

El mecanismo común para la descriminalización del consumo y la legalización de las sustancias estupefacientes en todo el mundo ha sido la vía legislativa, pero es posible encontrar ejemplos de legalización por vía constituyente, con base en una reivindicación cultural histórica, como el consumo de la hoja de coca en Bolivia o la descriminalización por vía judicial en Colombia mediante la Sentencia C-221 de 1994 y en Argentina, con el fallo Arriola. Dicho fallo dejó a consideración del juez la cantidad a denominar “dosis personal”, cuando se despenalizó el consumo de marihuana y cocaína.

En la legislación europea es posible rastrear la regulación por causas morales o sociales hasta 1569, cuando el rey Felipe II, por sugerencia del Concilio de Lima de 1567, condenó la coca como talismán del diablo. No fue sino hasta el siglo XX, con la Resolución de La Haya de 1912, firmada por setenta Estados en la primera posguerra, que se fortaleció la lucha contra las drogas.¹⁹ Dicha Resolución estaba encaminada a suprimir el consumo del opio y condujo a que, el 11 de febrero de 1925, Francia, el Imperio Británico (incluida la India), China, Japón, Países Bajos, Portugal y Siam firmaran un acuerdo internacional para combatir, suprimir y erradicar el consumo, el cultivo y la venta de opio en sus territorios. En ella se comprometían a acabar con el comercio de esa sustancia en un plazo de quince años.

¹⁸ Germán A. López y Carlos F. Gómez, “La legalización por vía judicial del consumo de la dosis personal de droga: ¿un desafío al sistema democrático en América Latina?”, *Justicia Juris* 10, núm. 1 (enero-junio 2014): 103.

¹⁹ Brau, *Historia de las drogas*, 327.

Seis años después surgió un nuevo convenio, que se ocupó de la regulación en los territorios de las partes firmantes en el Lejano Oriente, así como de establecer la venta solo por almacenes oficiales y prohibir el ingreso a toda cueva o sitio de consumo a cualquier persona menor de 21 años.

En 1951, el Código de Sanidad Pública francés no solo estableció medidas de prevención, sino que mediante su Artículo 627 señaló penas privativas de la libertad de entre cinco y cien años, así como multas que iban desde 3.600 a 36.000 francos. Tales sanciones eran aplicables incluso a aquellas personas que hicieran uso en sociedad de las sustancias reguladas por el Código.²⁰

Hoy en día, el Código Penal francés de 1994 expresa en su Artículo 227-37 que: “El transporte, la tenencia, la oferta, la cesión, la adquisición o el empleo ilícitos de estupefacientes serán castigados con diez años de prisión y multa de 7.500.000 euros”,²¹ aunque dichas sanciones se han visto drásticamente reducidas con la Ley 11343 de 2006, en la que se mantiene la posesión como punible y persiste como delito, pero la pena puede ser sustituida por medidas educativas cuando se considere que la cantidad estaba destinada al uso personal. Las posibles medidas sustitutivas son:

1. Advertencia sobre los efectos del consumo.
2. Servicio comunitario.
3. Una medida educativa.

En la legislación europea es menester resaltar a Alemania, país que presenta la misma situación jurídica que Colombia y Argentina, en tanto la despenalización de pequeñas cantidades para consumo personal se ha visto regulada por una sentencia del Tribunal Federal Alemán y no mediante la legislación nacional. Si bien en la República Checa la posesión de más de quince gramos de marihuana puede conducir a una pena privativa de la libertad de hasta un año, se permite la posesión de heroína para consumo personal, establecida en 1,5 gramos.²²

En América Latina, existen tres países cuya legislación merecen una mención especial: Brasil, Paraguay y Uruguay. En el año 2005, mediante la Ley 2718, Pa-

²⁰ Brau, *Historia de las drogas*, 345-346.

²¹ Parlamento Francés, Ley 92-1336, “Código Penal” (París: *Diario Oficial*, 23 de diciembre de 1992), arts. 354 y 373.

²² B. Cunningham, “New Drug Guidelines are Europe’s Most Liberal”, <http://www.praguepost.cz/news/3194-new-drug-guidelines-are-europes-most-liberal.html> (acceso marzo 13, 2015).

raguay estableció una pena carcelaria de dos a cinco años a aquellas personas o establecimientos comerciales que facilitaran, vendieran o distribuyeran pegantes o productos que contuvieran tolueno a menores de edad. Asimismo, instituyó el decomiso de esta sustancia y el traslado inmediato del menor a un centro de salud y desintoxicación, en donde debe ser puesto al cuidado del defensor de Infancia que se encuentre de turno.

De la misma forma, en la Ley 1340, indicó que a aquellas sustancias que carecen de dosis medicinal o personal, es decir, las diferentes a diez gramos de THC o dos gramos de cocaína, heroína u otros opiáceos, les fuera determinada en el marco del proceso judicial individualizado por medio de un médico forense y otro especializado del Ministerio de Bienestar Social y Salud Pública.

Por su parte, Uruguay ha dado un paso importante hacia la legalización de las denominadas drogas blandas, cuando en el año 2013, mediante la Ley 19172, permitió el consumo de marihuana con fines recreativos, culturales y medicinales no solo de manera personal, sino en clubes de consumo. Esta Ley permitió, a su vez, el cultivo hasta de seis plantas de marihuana en el lugar de residencia²³ y el porte o compra de hasta cuarenta gramos para el consumo personal.

Bajo esta misma regulación, los clubes de consumo pueden tener hasta 45 miembros y producir, en el plazo de un año, 480 gramos para el consumo de sus miembros (esta cantidad por cada miembro), como mecanismo de abastecimiento. La pertenencia a estos clubes excluye la posibilidad de comprar la marihuana en las droguerías o farmacias autorizadas.

Por el contrario, Brasil constituye el más claro ejemplo de la política de criminalización. En años recientes, con la Ley de Drogas 11343 de 2006, muestra que su política se ha ablandado, cuando permite la despenalización del consumo, aunque se presente en situaciones de reincidencia (el Artículo 28 faculta penas alternativas), pero el Artículo 33, al usar el verbo rector “llevar consigo”, bien sea para entregar, para el consumo o para suministrar estupefacientes a un amigo, abre la puerta a la criminalización del consumo social, pues a pesar de que no exista un interés económico, el simple acto de facilitar la droga a un conocido —sin ánimo

²³ Uruguay, Presidencia de la República, *Decreto de reglamentación de la Ley 19172*, “Por el cual se reglamenta la ley 19.172” (Montevideo: *Diario Oficial de la República*, 6 de mayo de 2014).

de lucro— puede derivar en una pena de prisión de cinco a quince años, penas aplicables al narcomenudeo.²⁴

Regulación del consumo de sustancias estupefacientes

Con la interpretación de la Corte Constitucional de la Ley 30 de 1986, en particular del Artículo 2, literal j, se estableció la dosis personal, cuando declaró no punibles las dosis definidas en él, con lo que indicó la cantidad permitida para porte y consumo. Si bien no incluye la adaptación física del organismo al consumo de estupefacientes y la necesidad de este de aumentar la dosis para sentir el mismo efecto, fue un paso importante que, en conjunto con la Sentencia T-814 de 2008, reconoce el estatus de enfermo psiquiátrico del consumidor crónico de sustancias estupefacientes²⁵ y permite el desarrollo de las libertades personales en materia de consumo.

El análisis constitucional realizado en la Sentencia C-221 de 1994 —que no solo carece de conceptos médicos, sino que es, a grandes rasgos, un análisis filosófico del concepto de libertad, en lugar de un fallo ajustado a Derecho—²⁶ declaró exequible condicionado al literal j del Artículo 2 y señaló como la dosis personal de sustancias estupefacientes:

[...] la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad.²⁷

²⁴ Transnational Institute, “Drugs and Democracy: Brazil”, <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/america-latina/brasil/item/243-brasil> (acceso abril 25, 2015).

²⁵ Téllez Mosquera y Bedoya Chavarriaga, “Dosis personal de drogas”, 107-110.

²⁶ A grandes rasgos, la discusión presentada por la Corte Constitucional gira en torno a dos teorías filosóficas de la libertad, en busca de saber si el individuo es libre o no de causarse un daño a sí mismo. Por un lado, los magistrados que salvaron voto esgrimieron una teoría tomista de la libertad, de donde se colige que la libertad de un individuo llega hasta donde no afecte su utilidad a la sociedad; la otra posición defiende una postura kantiana, desde el imperativo categórico como sustento esencial de la libertad personal.

²⁷ Congreso de la República de Colombia, *Ley 30 de 1986*, “Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* 37.335, 31 de enero de 1986).

Como es posible apreciar, la lista de sustancias reguladas es corta, lo que hace necesario un mecanismo que permita determinar la dosis personal para aquellas sustancias que no se mencionan en ese Artículo, toda vez que no solo se debe dotar de legalidad las decisiones judiciales en torno a estas, sino que se debe brindar a los individuos acusados la posibilidad de saber a qué cargos se enfrentan. Después de todo, un individuo no puede defenderse de un cargo que es incierto y, aún más, no es loable condenar a una persona con base en una mera abstracción sin respaldo alguno, en violación del principio del Derecho Penal: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Es cierto que, en su Artículo 5, el Decreto reglamentario de la Ley 30 expresa que será el Instituto de Medicina Legal el que determine dicha dosis —lo cual sigue una lógica no solo jurídica, sino científica y faculta la individualización de la dosis—, pero, en la práctica, no se ha visto una construcción certera sobre qué cantidad de estupefacientes diferentes a marihuana, cocaína o metacualona constituye la dosis que puede portarse para uso personal.

En ese sentido, podemos equiparar nuestra legislación a la paraguaya, pues también ofrece un concepto de dosis personal individualizada en la mayoría de sustancias estupefacientes. No obstante, es necesario hacer que el mecanismo plasmado sea utilizado y que, con el mismo, se cree una construcción doctrinaria y jurisprudencial que dé una idea de los parámetros prohibidos de sustancias como el éxtasis, en aras del principio de legalidad en los procesos penales adelantados por porte de sustancias estupefacientes.

Los Códigos francés y brasileño resultan altamente punitivos. Es necesario que Colombia siga su ejemplo y adopte la idea de penas alternativas para pequeñas cantidades cuando no se consiga demostrar que son para consumo propio o se exceda el límite de sustancias permitidas sin que representen mayor riesgo social. Todo esto en virtud del principio *in dubio pro reo* y la necesidad de descongestionar el sistema penal y el sistema carcelario.

En definitiva, en el marco de un cambio legislativo, Colombia necesita un programa efectivo de atención en salud, tanto para consumidores ocasionales como para aquellas personas que presentan un patrón de adicción, así como una política en torno al consumo en menores. Cabe resaltar la forma en que procede la legislación paraguaya, que decomisa la sustancia al menor y lo traslada a un centro de

rehabilitación y salud, en donde pueda adelantar un proceso de desintoxicación y cuidado, para proteger sus derechos. Según lo determinó el estudio de consumo en edades escolares, los pegantes y solventes representan algunas de las sustancias adictivas de mayor índice de consumo entre los escolares de la Nación,²⁸ por lo que debe hacerse un control sobre su distribución y uso.

De las inconsistencias del delito de narcotráfico

El negocio del narcotráfico en Colombia inició en la década del setenta, con los cultivos de marihuana que era exportada por narcotraficantes, con una posterior incursión al mercado de la coca, como puerto de exportación del producto traído de Perú y Bolivia. El narcotráfico tuvo su máximo auge en el país a mediados de la década del noventa.²⁹

Con la disminución del mercado externo ha aumentado el interno, lo que ha permeado la actividad delincencional nacional. Esto ha conllevado un endurecimiento de las penas carcelarias por parte del Legislador, con miras a combatir este flagelo.

Las drogas, “igual que otros bienes y servicios, son vendidas en mercados ilegales. Los mercados ilegales tienen su origen en prohibiciones establecidas en las leyes, en ellos las organizaciones criminales participantes se comportan como firmas de los mercados legales: maximizan su beneficio”.³⁰

Se ha dicho que la política de disuasión del crimen solo contribuye a la caída de los grupos más pequeños y fortalece a las organizaciones más poderosas.³¹ Ahora bien, según Beker y Stigler, los individuos deciden de manera racional cuándo involucrarse en la comisión de delitos y cuándo no. No obstante, esta racionalidad no viene dada por el endurecimiento de las penas, sino por la instauración de políticas públicas que desincentiven el crimen. Este objetivo se logra mediante

²⁸ UNODC, “Estudio Nacional de consumo de sustancias psicoactivas en población escolar Colombiana 2011”, http://www.unodc.org/documents/colombia/Documentostecnicos/Estudio_Consumo_Escolares.pdf (acceso mayo 14 de 2015).

²⁹ Daniel Pécaut, “La tragedia colombiana: guerra, violencia, tráfico de drogas”, *Sociedad y Economía*, núm. 1 (septiembre 2001): 133-148.

³⁰ Lenin Arango Castillo, “Tráfico de drogas, políticas de disuasión y violencia en México”, *Estudios Económicos* 26, núm. 2 (julio-diciembre 2011): 159.

³¹ Gary Beker y George Stigler, “Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers”, *The Journal of Legal Studies* 3, núm. 1 (1974): 1-18.

la implementación de otras formas de salida financiera para los involucrados en actividades delincuenciales.

El excesivo endurecimiento de las penas, en especial cuando existe un límite máximo a la pena aplicable, no solo falla en persuadir al delincuente de ejecutar la conducta, sino que conduce al excesivo perfeccionamiento de la conducta criminal, con la finalidad de disminuir las posibilidades de ser atrapado.

Frente a este patrón se observa la primera inconsistencia en la penalización del tráfico de sustancias estupefacientes, cuando el Artículo 376 del Código Penal establece, de acuerdo con la cantidad, penas mínimas de cuatro, seis y ocho años y máximas de seis, ocho y veinte años. En términos disuasivos, esta dosificación de la pena presenta un inconveniente, en tanto es posible multiplicar hasta en veinte veces la ganancia por un aumento de tan solo dos años en la pena. Esto trae como resultado el perfeccionamiento de las formas delincuenciales y el incremento en las cantidades traficadas, puesto que es posible obtener mayores lucros a cambio de un aumento mínimo en la condena recibida.

La segunda inconsistencia se aprecia en torno a las circunstancias de agravación generales para los crímenes de narcotráfico y afines. Esta agravación, indicada en el Artículo 384 del Código Penal, señala que el mínimo de la pena se aumentará al doble. Según las reglas de agravación punitiva del Código Penal, esto conlleva a que, en la mayoría de los casos, el mínimo de la pena rebase al máximo o a que en otros se igualen ambos límites de la pena, con lo que se viola el principio de legalidad de la pena.

A la postre, es necesario mencionar que la Corte Constitucional declaró exequible de manera condicionada al Artículo, en tanto en la agravación se entendiera que el mínimo de la pena no podía superar el máximo de la misma; esto conduce a una pena única, en violación del principio de legalidad y la prohibición de penas únicas en materia penal. La Corte afirmó:

La predeterminación por el Legislador constituye entonces la esencia del respeto del principio de legalidad en materia de fijación de las penas, dado que el Legislador está en la obligación no solamente de estructurar claramente los elementos del tipo penal, delimitando su alcance de acuerdo a los bienes que deben ser objeto de tutela por el ordenamiento jurídico-penal, e imponiendo la determinación del sujeto responsable y de sus condiciones particulares y

especiales, sino que debe establecer con idéntica claridad las penas que deben aplicarse en cada caso.³²

Del consumo de alcohol y sustancias estupefacientes como agravante en el homicidio culposo

*That's the problem with drinking, I thought, as I poured myself a drink. If something bad happens you drink in an attempt to forget; if something good happens you drink in order to celebrate; and if nothing happens you drink to make something happen.*³³

El Informe mundial de situación sobre alcohol y salud 2014 arroja un consumo per cápita de aproximadamente 21,2 litros de alcohol puro entre los hombres y 8,9 litros entre las mujeres; asimismo, es atribuible al consumo cerca de un 5,9% de las muertes en el mundo y un 5,1% de la carga mundial de morbilidad y lesiones.³⁴

Ahora bien, el consumo de alcohol y sustancias estupefacientes no solo se relaciona con una amplia lista de enfermedades, sino que guarda un alto grado de relación con la ocurrencia de muertes violentas, debidas a lesiones, accidentes de tránsito y altercados, entre otras.

Como resultado, en Sala de Casación Penal, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) había considerado a título de dolo eventual las muertes derivadas de un “evento de tránsito” cuando quien lo ocasionara se encontrara en estado de ebriedad. La CSJ afirmó que aquel que, tras beber, decide conducir un vehículo automotor, no solo eleva el riesgo socialmente permitido, sino que, al decidir beber y conducir, prevé como posible la realización de una conducta típica y, aun así, opta por actuar, con un desprecio total por los bienes jurídicos.³⁵

³² Corte Constitucional, *Sentencia C-1080 de 05 de diciembre de 2008*, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

³³ Charles Bukowski, *Women* (Nueva York: Harper Collins Publishers, 2002), 117-118.

³⁴ World Health Organization, *Global Status Report on Alcohol and Health* (Luxemburgo: Autor, 2014).

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia 32.964 de 25 de agosto de 2010*. M. P. José Leónidas Bustos Martínez.

Contrario a esta hipótesis, mediante la Ley 1696 de 2013,³⁶ el Legislador estableció la posible conducta típica como culposa y la imputó como un agravante al homicidio culposo. De esta manera, la conducta será agravada a título de culpa con representación:

Si al momento de cometer la conducta el agente estuviese conduciendo vehículo automotor bajo el grado de alcoholemia igual o superior al grado uno, bajo el efecto de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, y ello [hubiese] sido determinante para su ocurrencia.³⁷

La CSJ ha sostenido, en esta misma línea, que “la embriaguez no comporta de manera automática un estado de inimputabilidad del sujeto activo del tipo, aunque la adicción sí pueda configurar un trastorno mental transitorio con base patológica”.³⁸ La Corte sentó una postura que permite alegar la inimputabilidad de un individuo en virtud de la dependencia alcohólica, así como por encontrarse en situación de dependencia de otras sustancias estupefacientes. Frente a la inimputabilidad, esta tesis es justificable a la luz de la Psiquiatría, toda vez que el DSM-V trata la dependencia de estas sustancias como una enfermedad psiquiátrica.

La muerte como resultado de un accidente de tránsito en el que el individuo responsable estuviera bajo los efectos del alcohol u otras sustancias no constituye, en todas las legislaciones, una causal de agravación punitiva. En España, por ejemplo, en los Artículos 20.2, 21.1 y 21.2 del Código Penal se establece este estado como una causal de atenuación punitiva ante tales muertes.

La jurisprudencia de la CSJ ha considerado:

[...] la embriaguez no fundamenta al mismo tiempo el desvalor de acción propio del homicidio básico culposo, esto es, el fundamento a la violación del deber de cuidado medio exigible que en el caso concreto determina

³⁶ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1696 de 2013*, “Por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas” (Bogotá: *Diario Oficial* 49.009, 19 de diciembre de 2013).

³⁷ Congreso de la República de Colombia, *Ley 599 de 2000*, “Por la cual se adopta el Código Penal” (Bogotá: *Diario Oficial* 44.097, 24 de julio de 2000), num. 6, art. 110.

³⁸ Ricardo Posada Maya, *Delitos contra la vida y la integridad personal: Tomo 1: El homicidio, el genocidio y otras infracciones* (Bogotá: Ibáñez, 2015), 147.

como causa la producción de un resultado de muerte en el tráfico jurídico correspondiente.³⁹

En consecuencia, agravar en estos casos significaría una doble desvaloración jurídico-penal del hecho de actuar bajo el influjo de alcohol o sustancias que producen dependencia psíquica o física: a los efectos de la constitución del homicidio imprudente (infracción del deber objetivo de cuidado), y a los efectos de aumentar la punibilidad del hecho (circunstancias agravantes del homicidio culposo). En suma: el influjo del alcohol o de sustancias psicoactivas desemboca en algo así como un comportamiento imprudente agravado por la imprudencia.⁴⁰

Por tal razón, resulta inaplicable esta agravación, al menos desde el punto de vista doctrinario.

Posada Maya sostiene que existe un sector de la doctrina para el cual “la causal de agravación se aplica de manera objetiva. Como se anotó, esta postura implica desconocer el principio de culpabilidad (C.P./art. 12) y, en particular, la prohibición de responsabilidad objetiva”.⁴¹

Esto no impide que se configure la inimputabilidad del sujeto activo cuando el consumo de alcohol tiene una base patológica. Queda claro que, contrario a la interpretación de la Corte, no es posible imputar, a título de dolo eventual, al sujeto activo por la muerte del sujeto pasivo en un evento de tránsito.

Conclusiones

Es posible apreciar que la regulación en materia de drogas está rodeada de inconsistencias que deben solucionarse, con miras a garantizar la seguridad jurídica y el cumplimiento de los principios que rigen los sistemas normativos.

En primer lugar, es necesario revisar el concepto de “dosis”, en tanto su construcción debe plantearse desde la Medicina, para que presente cierto grado de consistencia

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia 32.964, de 25 de agosto de 2010*.

⁴⁰ José Acosta y Gloria Gallego, *Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano* (Medellín: Nuevo Foro Penal, 1999), 42-43.

⁴¹ Posada Maya, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, 157-168.

con los conceptos científicos y no se base en construcciones gramaticales o *ius* filosóficas del Legislador.

Lo anterior requiere articulación con la implementación de una política de drogas en salud que no solo desarrolle la noción del consumidor de estupefacientes como un enfermo psiquiátrico, sino que aterrice la reforma realizada al Artículo 49 constitucional, mediante Acto legislativo 2 de 2009. Si bien instituye el derecho a la rehabilitación y la atención del cual gozan los ciudadanos, no existe una ley que lo desarrolle en su integralidad como un sistema de rehabilitación, prevención y desintoxicación; aunque mediante la Ley 1566 de 2012 el Legislador buscaba crear una política pública en este sentido, no fue más que una posibilidad de destinar presupuesto a la rehabilitación, una serie de sanciones a las entidades que prestan el servicio de rehabilitación y un premio a las iniciativas destinadas a combatir este flagelo social.

A renglón seguido, se hace necesario diseñar un mecanismo real de regulación de la cantidad de cada sustancia que se considere como dosis personal, toda vez que el Artículo 5 del Decreto 3788 de 1986 —el cual establece que: “Cuando se trata de una sustancia estupefaciente distinta de marihuana, hachís, cocaína o metacualona, el Instituto de Medicina Legal determinará la cantidad que constituye dosis para uso personal”⁴²— ha demostrado no ser eficiente o funcional y ha generado una violación al principio de legalidad.

De la misma forma, se debe instituir una regulación que permita penas alternativas en materia de tráfico y consumo de estupefacientes, así como una legislación que, en pos de la protección del menor, regule la venta de pegantes y productos volátiles que contengan tolueno, puesto que los estudios acerca de consumo y prevalencia realizados por la Nación han demostrado una alta tasa de persistencia del consumo de estas sustancias en menores de edad.

En esta misma línea, es preciso revisar a la luz del sistema normativo y, en especial, de los conceptos técnicos científicos, la noción de responsabilidad frente a las conductas típicas de aquellos individuos que sufren en mayor o menor grado de una adicción o dependencia al alcohol u otras sustancias estupefacientes, porque su capacidad de decisión y raciocinio está mermada o comprometida.

⁴² Presidencia de la República de Colombia, *Decreto 3788 de 31 de diciembre de 1986*, “Por el cual se reglamenta la Ley 30 de 1986 o Estatuto Nacional de Estupefacientes” (Bogotá: *Diario Oficial* 37.336, 31 de enero de 1986), art. 5.

Por último, hace falta revisar la tasación de las penas en materia de narcotráfico y delitos conexos, ya que van en contra del principio de legalidad. No queda nada más que esperar que, a raíz del posconflicto como mecanismo dinamizador de cambios sociales, la legislación sobre drogas tome un nuevo rumbo y dé lugar a la corrección de las inconsistencias técnico-normativas mencionadas.

Referencias

- Ahmad, Diana L. *The Opium Debate and Chinese Exclusion Law in the Nineteenth-Century American West*. Las Vegas: University of Nevada Press, 2007.
- Arango Castillo, Lenin. “Tráfico de drogas, políticas de disuasión y violencia en México”. *Estudios Económicos* 26, núm. 2 (julio-diciembre 2011): 157-185.
- Baudelaire, Charles. “Sed non Satiata” en *Las flores del mal*, 35-36. Bogotá: Oveja negra, 1982.
- Beker, Gary y George Stigler. “Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers”. *The Journal of Legal Studies* 3, núm. 1 (1974): 1-18.
- Brau, Jean-Louis. *Historia de las drogas*. Barcelona: Bruquera SA, 1974.
- Charles Bukowski. *Women*. Nueva York: Harper Collins Publishers, 2002.
- Cocteau, Jean. *Opium*. Barcelona: Planeta, 2009.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 30 de 1986*, “Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacentes y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* 37.335, 31 de enero de 1986.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 599 de 2000*, “Por la cual se adopta el Código Penal”. Bogotá: *Diario Oficial* 44.097, 24 de julio de 2000.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1696 de 2013*, “Por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas”. Bogotá: *Diario Oficial* 49.009, 19 de diciembre de 2013.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-1080 de 5 de diciembre de 2008*. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-814 de 21 de agosto de 2008*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Sentencia 32.964 de 25 de agosto de 2010*. M. P. José Leónidas Bustos Martínez.
- Cunningham, Benjamin “New Drug Guidelines are Europe’s Most Liberal”. <http://www.praguepost.cz/news/3194-new-drug-guidelines-are-europes-most-liberal.html> (acceso marzo 13, 2015).

- Escohotado, Antonio. "La antigüedad remota" en *Las drogas: de los orígenes a la prohibición*, 5-11. Madrid: Alianza, 1994.
- Escohotado, Antonio. *Historia elemental de las drogas*, 4a ed. Barcelona: Anagrama, 1996.
- Fellmeth, Aaron X. y Maurice Horwitz. *Guide to Latin in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Jiménez, Alí Víquez. *Biografías de hombres ilustres*. San José: Universidad Estatal a Distancia, 2002.
- López, Germán A. y Carlos F. Gómez. "La legalización por vía judicial del consumo de la dosis personal de droga: ¿un desafío al sistema democrático en América Latina?". *Justicia Juris* 10, núm. 1 (enero-junio 2014): 102-116.
- Olson, Kent. "Comprehensive Evaluation and Treatment: Emergency Evaluation and Treatment" en *Poisoning & Drug Overdose*, 4a ed., 70-120. Los Ángeles: McGraw Hill, 1999.
- Parlamento Francés. *Ley 92-1336, "Código Penal"*. París: *Diario Oficial*, 23 de diciembre de 1992.
- Pécaut, Daniel. "La tragedia colombiana: guerra, violencia, tráfico de drogas". *Sociedad y Economía*, núm. 1 (septiembre 2001): 133-148.
- Posada Maya, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal: Tomo 1: El homicidio, el genocidio y otras infracciones*. Bogotá: Ibáñez, 2015.
- Presidencia de la República de Colombia. *Decreto 3788 de 31 de diciembre de 1986, "Por el cual se reglamenta la Ley 30 de 1986 o Estatuto Nacional de Estupefacientes"*. Bogotá: *Diario Oficial* 37.336, 31 de enero de 1986.
- Repetto Jiménez, Manuel y Guillermo Kuhn. "Conceptos y definiciones: Toxicología, toxicidad" en *Toxicología fundamental*. 4a ed., 21-58. México D. F.: Díaz de Santos, 2009.
- Sotomayor Acosta, Juan y Gloria María Gallego. *Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano*. Medellín: Nuevo Foro Penal, 1999.
- Téllez Mosquera, Jairo y Juan C. Bedoya Chavarriaga. "Dosis personal de drogas: inconsistencias técnico-científicas en la legislación y la jurisprudencia colombiana". *Persona y Bioética* 10, núm. 1 (2015): 99-116.
- Transnational Institute. "Drugs and Democracy: Brazil". <http://www.druglawreform.info/es/informacion-por-pais/america-latina/brasil/item/243-brasil> (acceso abril 25, 2015).
- UNODC. "Estudio Nacional de consumo de sustancias psicoactivas en población escolar Colombiana2011". http://www.unodc.org/documents/colombia/Documentostecnicos/Estudio_Consumo_Escolares.pdf (acceso mayo 14, 2015).

Uruguay, Presidencia de la República. *Decreto de reglamentación de la Ley 19172*, “Por el cual se reglamenta la ley 19.172”. Montevideo: *Diario Oficial de la República*, 6 de mayo de 2014.

World Health Organization. “WHO Expert Committee on Drug Dependence”. *WHO Technical Report Series*, núm. 915 (2003): http://www.who.int/substance_abuse/right_committee/en/ (acceso mayo 14, 2015).

World Health Organization. *Global Status Report on Alcohol and Health*. Luxemburgo: Autor, 2014.