

Normas A.P.A.

Londoño Berrío, H., (2010), Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 noviembre 2008, radicado: N° 29183. Los avatares de la «dosis personal»: de derecho constitucional a «crimencito». [Versión electrónica] consultado día- mes- año: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp2/los-avatares-dosis-personal-londono-berrio-dp2.pdf] , Cuadernos de Derecho Penal No. 2, Pág. 129.

Normas Icontec

LONDOÑO BERRÍO, Hernando. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 noviembre 2008, radicado: N° 29183. Los avatares de la «dosis personal»: de derecho constitucional a «crimencito». En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 2 (2010). [Acceso: Día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp2/los-avatares-dosis-personal-londono-berrio-dp2.pdf

LOS AVATARES DE LA “DOSIS PERSONAL”: DE DERECHO CONSTITUCIONAL A “CRIMENCITO”

HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO

“Los discursos, al igual que los silencios, no están de una vez por todas sometidos al poder o levantados contra él. Hay que admitir un juego complejo e inestable donde el discurso puede, a la vez, ser instrumento y efecto de poder, pero también obstáculo, tope, punto de resistencia y de estrategia opuesta. El discurso transporta y produce poder; lo refuerza pero también lo mina, lo expone y lo torna frágil y permite detenerlo. Del mismo modo, el silencio y el secreto, abrigan el poder, anclan sus prohibiciones: pero también aflojan sus apresamientos y negocian tolerancias más o menos oscuras”.

MICHEL FOUCAULT¹

La posesión de 9,9 gramos de marihuana por encima del límite legal señalado para la dosis personal, destinados al consumo habitual de quien no ejecuta actividades de distribución o venta del alucinógeno, no afecta los bienes jurídicos tutelados con el tipo penal del art. 376 (salud pública, seguridad pública, orden económico y social). La posesión de alucinógeno que se le imputa al agente, no tiene incidencia sobre derechos ajenos, individuales o colectivos o, lo que es igual, carece de trascendencia penal, sin que resulte válido su ejercicio so pretexto de proteger, a través del castigo, la propia salud del procesado adicto al consumo de marihuana, pues es un tema que sólo corresponde decidir a él en forma autónoma por ser el único rector de su propia vida.

En conclusión, si en ejercicio de sus personales e íntimos derechos el acusado no afectó los ajenos, entonces no alteró efectivamente ningún

* Profesor de la Universidad de Antioquia, Profesor de la Especialización en Derecho Penal, Universidad Sergio Arboleda. Candidato a Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España).

¹ FOUCAULT, *La historia de la sexualidad*, Tomo I, págs. 122-123.

bien jurídico, de manera que el comportamiento que se le atribuye carece de antijuridicidad material y, en consecuencia, no puede ser sancionado porque no alcanza la categoría de una conducta punible.

A. LA SENTENCIA

“CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta número 333

Proceso No 29183

Quibdó, dieciocho de noviembre de dos mil ocho.

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación presentado por la defensora del procesado **OSCAR YESID JIMÉNEZ ARENAS**, contra la sentencia dictada el 12 de octubre de 2007 por el Tribunal Superior de Bogotá, con la cual confirmó la pena que le impuso el Juzgado 7^a Penal del Circuito de conocimiento el 24 de julio del mismo año, de 70 meses de prisión y multa de 8 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por haberlo hallado responsable del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

HECHOS

Los declaró de la siguiente forma el Tribunal en el fallo recurrido:

“La génesis de la actuación tiene su ocurrencia para el 29 de marzo de 2006, hacia las 18:00 horas, cuando agentes del orden realizaban un patrullaje por el sector de la carrera 70 B frente al No. 35-07, procedieron a practicar una requisita a Oscar Yesid Jiménez Arenas, hallándole en el bolso que portaba en la espalda una bolsa transparente contentiva de 12 bolsas pequeñas de sustancia vegetal, la cual al ser sometida a estudio arrojó positivo para la marihuana con un peso neto de veintinueve punto nueve gramos (29.9 gramos).”

ANTECEDENTES

1. El 30 de marzo de 2006 se llevaron a cabo en el Juzgado 41 Penal Municipal con funciones de control de garantías, las audiencias de legalización de la captura y formulación de la imputación.

La Fiscalía [Minuto 31:20 audiencia de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de libertad] coadyuvada por el Agente del

Ministerio Público, en atención a que en la actuación se demostraba el arraigo del imputado en la comunidad, la ausencia de antecedentes y que ‘quizás por ingenuidad sobrepasó el límite de dosis personal’, solicitó la libertad provisional la cual fue concedida por el juez de control de garantías al advertir, además, que la conducta surgía intrascendente desde la perspectiva de la antijuridicidad material.

2. El 12 de septiembre de ese mismo año, ante el Juzgado 7° Penal del Circuito de conocimiento, la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra del señor **Jiménez Arenas** por el delito de tráfico fabricación y porte de estupefacientes. Se adelantó la audiencia preparatoria y el trámite del juicio oral, el cual concluyó con la condena de 70 meses de prisión y multa de 8 salarios mínimos mensuales legales que se impuso al acusado.

3. La defensa interpuso recurso de apelación en contra de esta decisión y el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó con la sentencia del 12 de octubre de 2007, objeto del recurso de casación que la Corte resuelve en esta oportunidad.

DEMANDA DE CASACIÓN

Cuatro cargos, todos al amparo de la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, presentó la demandante contra la sentencia impugnada.

Cargo primero: Indebida aplicación del artículo 376 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 29-2 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad basado en el derecho penal de acto.

La recurrente sostiene que la norma constitucional referida implica que no se puede caracterizar el delito como modo de ser de la persona. Al contrario, las normas penales se dirigen a la conducta social del hombre en función de la protección efectiva de bienes jurídicos y no en función de lo que se es, como sucede en el derecho penal de autor.

Desde esta perspectiva, señala, la sentencia del Tribunal viola “... el principio constitucional de acto, en cuanto que el acusado OSCAR YESID JIMÉNEZ ARENAS fue condenado por el hecho de llevar consigo sustancia estupefaciente tipo marihuana para su consumo personal, debido a su situación de dependencia o de adicción, como así se demostró en la audiencia de juicio oral...”.

Según sostiene, los juzgadores de instancia reconocieron la condición de adicto del procesado. Sin embargo, se apartaron de la caracterización del delito, dándole un alcance que no tiene, al señalar que su situación de adicto no lo exoneraba de la responsabilidad penal, debido a que la sustancia incautada excedió en 9 gramos los límites permitidos.

De esa manera, agrega, resulta equivocada la imputación del delito previsto en el artículo 376 del Código Penal y la declaración de responsabilidad del acusado que efectúa el Tribunal al señalar que la tenencia de la sustancia "... de por sí representa una amenaza concreta para la salud pública, no solo porque se excede el máximo permitido para el consumo personal y ello ya de por sí genera un daño a la salud, sino también porque puede utilizarse para comercializarse o distribuirse de cualquier manera, acto con el que se pone en riesgo a la comunidad."

Propende, entonces, por el respeto del derecho penal de acto, el cual supone la adopción del principio de culpabilidad y la existencia material de un resultado lesivo a otros (antijuridicidad material), perspectiva desde la cual resulta pertinente examinar si se ofrece necesario un juicio de reproche al consumidor de sustancias ilícitas, que adquiere para su consumo una dosis ligeramente superior a la permitida, cuando su conducta obedece a un asunto propio, de libre albedrío.

Si bien el delito previsto en el artículo 376 del Código Penal se considera de peligro, agrega, el artículo 11 de ese estatuto establece el principio de lesividad, según el cual para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado por la ley. Al acusado no se le atribuyó la condición de traficante (expendedor, distribuidor, etc.), sino de consumidor, pues el alucinógeno lo adquirió para su uso personal.

En este orden de ideas, precisa, razonablemente no puede aceptarse que 9,9 gramos por encima de la dosis personal para marihuana (20 gr. art. 2-j L. 30/86), corresponda a un exceso intolerable que autorice la intervención del sistema penal, pues se trata de una cantidad sin incidencia para el bien jurídico protegido con el tipo de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

En síntesis, afirma que si el Tribunal hubiere aplicado los principios constitucionales enunciados, el resultado del proceso hubiere sido diferente, nunca de reproche jurídico ante la atipicidad subjetiva de la conducta, que llamaba a declarar su inocencia frente al tipo penal imputado. Por esta razón, solicita de la Corte casar la sentencia de manera que en el fallo de reemplazo correspondiente, absuelva al procesado y se alcance la efectividad del derecho material.

Cargo segundo: Por la misma vía (violación directa) la recurrente alega la exclusión o falta de aplicación del principio pro hómine o cláusula de favorabilidad, porque el Tribunal fundamentó el fallo en una jurisprudencia restrictiva a los derechos del acusado, omitiendo aquella que lo favorecía y que, por supuesto, estaba llamada a regular el caso.

En demostración del cargo afirma que el Tribunal, en las consideraciones del fallo tuvo en cuenta dos decisiones de la Corte, las sentencias de casación

del 26 de abril de 2006 (Rad. 24612) y del 8 de agosto de 2005 (Rad. 18609), en las cuales, afirma, se examinó la situación del adicto que es sorprendido llevando consigo una cantidad de estupefacientes superior a la legalmente autorizada. No obstante, agrega, la segunda providencia es más restrictiva a los derechos fundamentales de las personas.

Según sostiene, en el fallo del 26 de abril de 2006 se ponderó la categoría de tipo de peligro abstracto del artículo 376 del Código Penal, correspondiente al delito de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes sin importar que el bien jurídico protegido resulte materialmente afectado. Por consiguiente, la adicción no es causal eximente de responsabilidad.

Contrario sensu, continúa, la providencia del 8 de agosto de 2005 destaca la trascendencia del concepto de lesividad en el derecho penal, en la medida que la sanción de la conducta obedece no solo al desvalor de acción sino también al desvalor de resultado, en donde se concreta la denominada antijuridicidad material prevista en el artículo 11 del Código Penal.

Según sostiene, el Tribunal aplicó la providencia inicialmente relacionada, con detrimento de la cláusula de favorabilidad aludida, por lo que procede casar el fallo atacado, de manera que se unifique la jurisprudencia entorno a la problemática de los adictos sorprendidos con cantidades superiores a la dosis personal, porque la diversidad de criterios apareja desconfianza, ausencia de credibilidad en las instituciones del Estado y da cabida a la arbitrariedad judicial.

Cargo Tercero: Falta de aplicación del artículo 32-10 del Código Penal, que establece la causal de ausencia de responsabilidad penal por error sobre el tipo.

Sostiene la demandante que el Tribunal erró al omitir la aplicación de la norma referida, pues 'sin contar con elementos probatorios, consideró que la conducta del acusado era dolosa porque, como adicto, con el simple tacto de la sustancia, debió saber que la cantidad de marihuana adquirida era superior a la dosis personal'.

Según afirma, en el proceso se demostró que el acusado fue sorprendido con 29,9 gramos de marihuana y, además, que **Jiménez Arenas** tiene la condición de consumidor de esa sustancia. Objetivamente, entonces, se verifica el delito de porte de estupefacientes, pero la Fiscalía no demostró que el acusado hubiere obrado con pleno conocimiento de la tipicidad de la conducta.

Con la finalidad de que se logre en este caso la efectividad del derecho material, la demandante solicita que se case la sentencia y se profiera la absolutoria de reemplazo.

Cargo Cuarto: Falta de aplicación de los artículos 3° y 4° del Código Penal, que conlleva a la indebida aplicación del tipo penal del artículo 376 Ib.

Según la demandante, las consideraciones del Tribunal relacionadas con el carácter punible de la conducta atribuida al procesado, confrontadas con los principios que orientan la imposición de las sanciones penales, conducen a concluir que se le impone por su condición de adicto y no porque hubiere obrado en forma contraria a derecho, de manera voluntaria y libre, o por haber lesionado o puesto efectivamente en peligro el bien jurídico de la salud pública.

Este modo de razonar, señala, desconocen los valores y principios del Estado social de derecho y, además, va en contravía de importantes avances de la dogmática penal como los principios de insignificancia, de limitación del *ius puniendi*, de necesidad de imposición de la pena y el principio de utilidad de la sanción.

En razón de lo anterior, concluye, la pena de prisión que se impuso al procesado, además de ilegal por ausencia de los elementos estructurantes del delito, desconoce los principios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad de las sanciones penales; carece de utilidad práctica para el problema de adicción que padece y se exhibe como una retaliación frente a los consumidores de droga, lo cual no satisface a la conciencia social.

Como en los reproches anteriores, solicita que se case la sentencia y se profiera la absolutoria de reemplazo.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

La defensora del procesado llama la atención de la Sala en relación con el cargo segundo de la demanda, para insistir que el sentenciado no es un traficante de sustancias ilegales sino un simple consumidor que traspasó en 9 gramos la dosis personal de marihuana, circunstancia que desdibuja la antijuridicidad material de su conducta.

La Fiscal Cuarta Delegada ante la Corte, como sujeto procesal no recurrente, manifiesta que la demanda presenta cargos contradictorios y carentes de fundamentación, razón por la cual deben ser desestimados.

En términos generales, considera que la sentencia recurrida no desconoce el derecho penal de autor, ni el principio *pro hómine* y como los cargos de la demanda carecen de respaldo frente a la evaluación probatoria del Tribunal, la sentencia debe mantenerse, siendo esta la petición que eleva a la Corte.

Similar solicitud presenta el **Procurador Cuarto para la Casación Penal**, quien en relación con los cargos de la demanda manifiesta lo siguiente:

Frente al cargo primero, relacionado con el desconocimiento del principio de derecho penal de acto, advierte que el Tribunal estableció la materialidad

de la conducta y la responsabilidad del acusado, a través de los medios de convicción incorporados a la actuación. Esto significa que el juicio de responsabilidad no corresponde a los fundamentos del derecho penal de autor, ni propende por una forma de responsabilidad objetiva, de manera que el cargo no está llamado a prosperar.

En relación con el segundo reproche, alusivo al supuesto desconocimiento del principio pro hómine, considera que el cargo no corresponde a este postulado pues lo que denuncia la actora no revela un evento de tensión entre normas que regulan derechos fundamentales, sino el supuesto conflicto entre dos decisiones judiciales, tema relacionado con los criterios de interpretación jurisprudencial que no constituye causal de casación.

Frente al cargo tercero, con el que se denuncia la falta de aplicación del artículo 32-10 del Código Penal, manifiesta que el modelo de procedimiento penal previsto en la Ley 906 de 2004, está cimentado en principios y garantías fundamentales como los de no autoincriminación y el derecho a guardar silencio. Sin embargo, agrega, cuando se pretende el reconocimiento de causales subjetivas eximentes de responsabilidad, resulta indispensable que el procesado renuncie a las garantías aludidas, porque sin su versión resulta imposible demostrarlas.

El error de tipo que expone la demandante, agrega, no lo establece el Tribunal en el fallo censurado desde el punto de vista fáctico o jurídico, circunstancia que impide adelantar un análisis sobre el particular, menos cuando en la actuación no se cuenta con pruebas o elementos materiales probatorios relacionados con dicho tema. Se trata tan solo de una hipótesis expuesta por la recurrente, de manera que este cargo tampoco tiene vocación de prosperar.

Y, en relación con el cargo cuarto, considera que la demandante no concreta un reproche que pueda afectar la legalidad de la sentencia. Si bien menciona diferentes principios rectores del derecho penal (legalidad de los delitos y de las penas, antijuridicidad), el ataque no toma en cuenta la sanción finalmente impuesta al procesado y tampoco expone en qué medida el juzgador quebrantó los principios enunciados.

Frente a la imprecisiones de la demanda y porque no se advierte vulneración a los derechos fundamentales del procesado con la imposición y la dosificación de la pena, solicita desestimar también este cargo y que no se case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala no se detendrá en los defectos de la demanda a los que aluden los representantes de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio Público, porque una vez admitida el censor adquiere el derecho a que se le responda

de fondo sobre los cuestionamientos que presenta en contra de la sentencia de segunda instancia.

Cuando la Corte declara ajustado el libelo no debe volver sobre un tema ya superado en el trámite de la casación, pues justamente para realizar ese examen el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal (213 L. 600/00) estableció la calificación de la demanda [Ver sentencias del 16 de febrero de 2005 Rad. 20666 y del 25 de mayo de 2006 Rad. 21213].

La citada norma de la Ley 906 de 2004, determina los eventos en los cuales no se selecciona a trámite una demanda de casación (si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos, o cuando se advierta de su contexto que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso). Sin embargo, también impone a la Corte el deber de superar los defectos del libelo y decidir el fondo del asunto, teniendo en cuenta los fines de la casación, la fundamentación de los mismos, la posición del impugnante dentro del proceso o la índole de la controversia planteada.

De esa manera, como en oportunidad se dio aplicación a esta norma, los defectos de la demanda se entienden superados, razón por la cual la Corte procede a responder los reproches en ella contenidos.

Como las censuras se fundamentan en la violación directa de la ley sustancial y el recurrente no estableció prioridad alguna en las postulaciones, la Corte las examinará en el siguiente orden.

1. Cargo segundo. A través de la violación directa de la ley, la demandante alega la exclusión o falta de aplicación del principio pro homine, porque el Tribunal sustentó la decisión en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que considera restrictiva de los derechos del acusado, con desconocimiento de otra de alcance favorable que, en su criterio, estaba llamada a regular el caso.

En respuesta a este cargo, bastará con precisar acogiendo la opinión del Agente del Ministerio Público, que la cláusula de favorabilidad a la que alude la recurrente, cobra aplicabilidad en el caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, evento en el cual el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos [Ver Corte Constitucional C-251-97 y T-1319-01].

El principio pro homine es un instrumento fundamental para la correcta interpretación de las disposiciones relacionadas con los derechos humanos. La referencia que se hace a esta cláusula, atiende a la existencia de normas que regulan derechos de esa naturaleza de manera que, en caso de conflicto entre diversas disposiciones, debe aplicarse la que se advierta más favorable a la persona.

En la censura, la recurrente no alude a normas del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal que hubieren resultado afectadas con la sentencia proferida por el Tribunal, sino al desconocimiento de la cláusula aludida en relación con decisiones judiciales, pues, sostiene, si uno de los postulados fundamentales de interpretación de los derechos humanos es el de la favorabilidad, entonces, 'el intérprete debe escoger no solo la norma más favorable a la vigencia de los derechos humanos, sino también la jurisprudencia que resulte más benéfica en los casos que involucren derechos humanos'.

De esa manera, asiste razón a los sujetos procesales no recurrentes cuando afirman que el cargo propuesto por la demandante no demuestra la causal sobre la cual se estructura, en la medida que omite preciar la norma de derecho sustancial prevista en el Bloque de Constitucionalidad, en la Constitución o en la ley, que hubiere sido omitida, interpretada en forma errada o aplicada indebidamente por el sentenciador en este asunto.

El artículo 181-1 del Código de Procedimiento Penal, como lo señaló con precisión el Agente del Ministerio Público, no contempla la posibilidad de denunciar en sede de casación vicisitudes de análisis jurisprudencial, su finalidad es permitir el examen de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segunda instancia, en virtud del yerro en que pudo incurrir el sentenciador al aplicar la normatividad llamada a regular el caso concreto, bien por falta de aplicación o exclusión evidente, aplicación indebida, o interpretación errónea de la ley sustancial.

De acuerdo con lo anterior, como la recurrente no demuestra que el Tribunal, a través de alguno de los yerrores indicados, hubiere violado en forma directa disposiciones de derecho sustancial, el cargo no está llamado a prosperar.

2. Cargo tercero de la demanda. Falta de aplicación del artículo 32-10 del Código Penal, relacionado con la ausencia de responsabilidad por error de tipo.

Según la demandante, en el proceso se demostró que el acusado fue sorprendido con 29,9 gramos de marihuana y que tiene la condición de consumidor de esa sustancia, pero no se demostró que hubiere obrado con conocimiento de la tipicidad de la conducta, pues no tenía forma de corroborar que la cantidad adquirida excedía los 20 gramos de la dosis personal.

Cuando se invoca la violación directa de la ley como causal de casación, la actividad del censor, a quien no le es dado cuestionar la valoración de las pruebas realizada por el sentenciador ni discutir la declaración de los hechos consignada en el fallo, debe orientarse exclusivamente a demostrar la equivocación en que incurrió el Tribunal al aplicar la normatividad al caso concreto.

Se trata, según tiene dicho la Corte, de un estudio estrictamente jurídico, pues cualquiera que sea la modalidad de violación directa de la ley, el error de los juzgadores recae indefectiblemente en forma inmediata sobre la normatividad, todo lo cual implica un cuestionamiento en un punto de derecho, sea porque se deja de lado el precepto regulador de la situación concreta demostrada, porque el hecho se adecua a un precepto estructurado con supuestos distintos a los establecidos, o porque se desborda la intelección propia de la disposición aplicable al caso concreto.

La demandante no desarrolla el reproche conforme a los presupuestos consignados, tan solo afirma que no se aplicó el artículo 32-10 del Código Penal. Sin embargo, en el desarrollo del cargo ni siquiera indica qué dice en concreto la norma, cómo regula la materia en debate, qué interpretación le dio el Tribunal, de qué manera se equivocó al fijar su alcance, cómo afecta el caso, y cuál sería la recta inteligencia que a ella corresponde. Es decir, la propuesta no va más allá del enunciado, pues en forma alguna se propende por su desarrollo y demostración, según era de esperarse.

Por el contrario, la postulación divaga en las apreciaciones personales de la recurrente, quien considera que el Tribunal debió reconocer una causal eximente de responsabilidad que, como con acierto señaló el Procurador, sólo en la demanda de casación tiene existencia, de manera que la postulación aparece del todo inconexa con los hechos demostrados en el juicio y con las valoración probatoria realizada en la sentencia.

Desde esta perspectiva, por sustracción de materia, resulta imposible predicar el error que la recurrente atribuye a la sentencia demandada y, en consecuencia, el cargo no prospera.

3. Cargo cuarto. Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 3 y 4 del Código Penal.

Las normas supuestamente omitidas hacen alusión a los principios de las sanciones penales (necesidad, proporcionalidad, razonabilidad), y a las funciones de la pena (prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado).

De acuerdo con los términos del reproche, la condena que el Tribunal impuso al acusado en el fallo recurrido resultaba procedente. Sin embargo, la pena se fijó sin consideración a los principios y a las funciones que regulan la sanción penal, previstos en las normas supuestamente omitidas.

Es decir, la recurrente circunscribe el reproche a señalar que las consideraciones que permitieron al Tribunal declarar la responsabilidad del acusado, desconocen valores y principios de orden constitucional relacionados con la pena, la cual resulta ilegal en esta asunto porque se impuso a pesar de que no concurren los elementos estructurantes del

delito, de manera que el fallo desconoce los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones penales.

Pero, conforme puntualizó el Procurador Delegado, estos argumentos no desarrollan el cargo propuesto, porque la demandante no demuestra que en la dosificación de la pena (tema en el que adquieren relevancia las disposiciones que supuestamente dejaron de aplicarse), el Tribunal hubiere omitido la aplicación de los principios y de las funciones que señala la ley para regular las sanciones penales.

Sin hacer referencia alguna a la pena impuesta, a los criterios o a las reglas que el sentenciador tuvo en cuenta para fijarla, alega que la sentencia viola en forma inmediata las normas referidas, desconociendo que sólo a partir de las consideraciones efectuadas en la sentencia sobre esos tópicos, resultaba posible acreditar el yerro que denuncia por falta de aplicación o exclusión evidente de los artículos 3 y 4 del Código Penal.

El texto de la sentencia informa que en el proceso de individualización de la pena, el juzgador tuvo en cuenta, además de los límites punitivos establecidos en la ley para la infracción, aspectos que en su criterio revelaban la gravedad de la conducta, el daño generado, las casuales que agravaban o atenuaban la punibilidad, la intensidad del dolo y la función que la pena debía cumplir en el caso concreto, lo cual pone en evidencia que el yerro denunciado no tiene existencia o por lo menos carece de demostración, en la medida que la recurrente dejó de examinar las consideraciones que tuvo en cuenta el Tribunal al momento de determinar e individualizar la pena, para acreditar a partir de ese análisis, por qué razón resultaron desconocidas las normas que proclama.

En estas condiciones, el cargo no está llamado a prosperar, sin perjuicio de las consideraciones y determinaciones que se adoptarán en relación con la siguiente censura.

4. Cargo primero. Indebida aplicación del artículo 376 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 29-2 de la Constitución Política.

En términos generales la demandante sostiene que el error del Tribunal estriba en considerar punible la conducta del acusado, a pesar de que se estableció su condición de adicto a la marihuana y que excedió únicamente en 9 gramos la dosis personal. Es cierto, acota, que el delito que se le atribuye está catalogado como de peligro. No obstante, el artículo 11 del Código Penal establece el principio de lesividad, en virtud del cual son objeto de sanción únicamente los comportamientos que lesionan o ponen efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado por la ley.

En torno a este tema se tiene establecido que la antijuridicidad, como elemento estructurante del delito, debe ser entendida en sentido material y

no solo desde su perspectiva formal, es decir, como la mera disconformidad de la conducta con el ordenamiento legal.

“Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusiva-mente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado.

Así lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la sentencia de casación del 21 de abril del 2004 (radicado 19.930), en la cual afirmó:

Como ha enseñado la Sala [Sentencia febrero 18 de 2003. Rad. 016262], para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito (artículo 11 del código penal)” [Auto del 23 de agosto de 2006 Rad. 25745].

De lo anterior, como también lo ha dicho la Sala,

“se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiéndose por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal.

Pero, además, se relaciona este principio con el de la llamada intervención mínima, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesorio, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal” [Sentencia del 8 de agosto de 2005. Rad. 18609, citada en la del 26 de abril de 2006. Rad. 24612].

Sobre estos postulados, la Corte ha establecido que ante la insignificancia de la agresión, o la levedad suma del resultado, “es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delito de resultado de bagatela” [Sentencia citada del 8 de agosto de 2005].

En relación con el delito tráfico, fabricación y porte de estupefacientes (art. 376 C.P.), que si bien corresponde a los denominados de peligro abstracto en el sentido de que no exige la concreción de un daño al bien jurídico tutelado, sino que basta la eventualidad de que el interés resulte lesionado (pues el tráfico de sustancias estupefacientes pone en peligro la salubridad pública [Sentencia del 1° de febrero de 2007. Rad. 23609. La decisión aclara, sin embargo, que ese no es el único bien jurídico tutelado en el artículo 376, pues se trata de conductas pluriofensivas, en la medida que compromete también la economía nacional (orden económico-social), e indirectamente la administración y la seguridad pública, la autonomía y la integridad personal] en cuanto constituye la condición necesaria y específica para que los individuos y la comunidad las consuman); no puede perderse de vista que "... las cantidades que se acercan al límite de lo permitido para consumidores, se ubica en una sutil franja de lo importante a lo insignificante... {y} si bien el legislador no le ha otorgado discrecionalidad al juez para modificar las cantidades en orden a su punibilidad, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto para la dosis personal marca una pauta importante para fijar la ponderación del bien jurídico en orden a su protección" [Sentencia del 8 de agosto de 2005. Rad. 18609].

Lo anterior si en cuenta se tiene que el bien jurídico constituye la única instancia legitimante del poder punitivo en el Estado social de derecho, en el cual, además, la jurisdicción penal tiene como función esencial la protección de tales intereses, de manera que el legislador no puede establecer como delitos conductas que no los afecten y, por su parte, los jueces tampoco están facultados para imponer sanciones si no se presentan como presupuestos legitimantes de la concreta actuación del poder punitivo estatal, el bien jurídico y la ofensa que en un evento determinado lo lesione o ponga en peligro [Al respecto, Frías Caballero, Jorge. Teoría del Delito. Páginas 18 y siguientes. Livrosca, Caracas 1996].

Por esa razón, el análisis de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, referidos a la posesión de pequeñas cantidades de estupefacientes (o cualquier otra droga restringida: sicotrópica, alucinógena, sintética, etc.), debe hacerse desde la perspectiva de la dosis personal, esto es, estableciendo si el agente tiene la sustancia para su propio consumo, o si la situación en que se encuentra involucra o insinúa el tráfico de drogas.

En este punto, precisamente, se afincó la diferencia que condujo a la Corte Constitucional a la despenalización de la dosis personal, porque debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en la cantidad que correspondía a ese concepto, y el narcotráfico como ejercicio ilícito alentado por el afán de lucro, de manera que los efectos del fallo (C-221-94) no comprendía esta actividad.

La temática ya había sido abordada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a propósito de los decretos 1136 de 1970 y 1188 de 1974,

al destacar que esas normas ubicaban al adicto en situación privilegiada, y que reservaban "... todo el peso de su merecido rigor sancionatorio y el profundo y franco reproche social, para el que negocia con plantas, drogas o sustancias productoras de dependencia síquica o física, cualquiera sea su forma, v. gr., cultivo, porte, conservación, transporte, almacenamiento, suministro a terceros, elaboración, importación, exportación" [Así lo precisó en la Sentencia del 6 de mayo de 1980. Gaceta Judicial 2402].

Además, en esa misma decisión precisó que,

"La locución 'dosis personal' de por sí fija un significado. No se trata de cantidades considerables sino de porciones mínimas, destinadas al uso propio, desechándose como extraña a esta figura el suministro a terceros, aunque sea gratuito, y, con mayor razón, su tráfico, esto es, su utilización económica."

Desde esa época, ya la Corte advertía que el ordenamiento legal ve en esa persona a un enfermo, susceptible más bien de recibir un tratamiento médico que una pena, consideración que con mayor ahínco asume de cara a los principios y valores fundantes del Estado social de derecho establecido en la Constitución Política de 1991, en especial los relacionados con el respeto por la dignidad del ser humano, la igualdad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad ["En el Estado constitucional de derecho se parte de la consideración del ser humano como ser digno, como un ser cuya instrumentalización, indistintamente de la naturaleza de los fines que se esgriman, esté vedada. Pero al reconocimiento de esa dignidad es consustancial una cláusula general de libertad: No es digno ni en la esclavitud, ni el autoritarismo, ni al abrigo de un mal entendido paternalismo. No obstante esa cláusula general de libertad no implica el reconocimiento de atribuciones ilimitadas. Ella tiene como barrera el límite impuesto por los derechos de los demás y el orden jurídico. De allí que el ejercicio responsable de la libertad implique no afectar derechos ajenos y, al tiempo, no desconocer la capacidad reguladora del derecho, como instrumento de vida civilizada, en todo aquello que trascienda el ámbito interno de la persona." Corte Constitucional C-420-02].

El concepto de dosis personal al que se ha hecho referencia, **deslindado por completo de conductas que evidencien tráfico, oneroso o gratuito de drogas**, emerge como parámetro de racionalización del poder punitivo del Estado cuando se trata de examinar la conducta de los adictos o de personas no dependientes, que se encuentren en posesión de cantidades mínimamente superiores a la legalmente permitida, porque a pesar de la percepción simplemente objetiva de haberla superado, es lo cierto que la actividad que desarrollan (el consumo de dosis personal) es lícita y corresponde al exclusivo ámbito de libertad de esa persona o, como lo precisa la jurisprudencia constitucional, porque

“... determinar (legalmente) una dosis para consumo personal, implica fijar los límites de una actividad lícita (que sólo toca con la libertad del consumidor), con otra ilícita: el narcotráfico que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables” [C-221-94].

Debe, entonces, en cada caso examinarse si la conducta del consumidor trasciende su fuero interno y llega a afectar derechos ajenos, individuales o colectivos, pues sólo así se entenderá superada la exigencia de la afectación, a nivel de lesión o puesta en peligro, del bien jurídico como presupuesto para considerar en estos asuntos, legítimo el ejercicio del poder punitivo del Estado, es decir, para considerar demostrada la antijuridicidad de una conducta susceptible de punibilidad.

En el asunto que se examina, como lo alega la recurrente, la sentencia impugnada, de conformidad con las evidencias del juicio, estableció que el procesado **Jiménez Arenas** tiene la condición de adicto a la marihuana y, además, que la cantidad de alucinógeno que se le encontró, superior a la dosis personal [20 gramos, art. 2-j de la Ley 30 de 1986] fue de 9,9 gramos.

Sobre el tema, el juzgado de primera instancia precisó:

“En relación con la valoración psicológica que también se trajo a juicio para indicar la condición de dependencia del acusado como la razón para el hallazgo del estupefaciente y que en efecto determina que se trata de un consumidor y que tiene una problemática de consumo de tiempo atrás, según se determinó por la Dra. MARISOL SANTANA, se tiene que la valoración y la condición de dependencia no desdibuja la concreción del tipo penal que nos concita, cuando quiera que en todo caso no puede perderse de vista que si se trata de un consumidor y de alguien que lleva sustancia para su propio consumo, nadie mas (sic) preparado y experto que el propio consumidor para conocer de la cantidad de droga de consumo y las posibilidades de poder llevar dosis personal y la sanción penal que comporta superar esa dosis personal por manera que independientemente de la condición de adicción o no, lo cierto es que en la conducta desarrollada por JIMÉNEZ ARENAS y el hallazgo de la sustancia se concreta ciertamente la concreción de su responsabilidad.” (Se subraya).

Y, el Tribunal, en segunda instancia acotó:

“En conclusión, no puede servir como argumento válido para la absolución de Yesid Jiménez Arenas, que la cantidad de estupefaciente incautado supera la dosis personal en 9 gramos solamente, y menos aún su condición de adicto al consumo de alucinógenos, pues aunque es cierto que se trata de una situación que requiere tratamiento especial por parte de profesionales en la salud, ello per se no lo exonera de la responsabilidad penal que ahora se le endilga, ya que como se dijo con antelación el legislador también sanciona penalmente el porte de estupefacientes excediendo los límites permitidos y es esta la conducta cometida por el acusado. Si el Tribunal le diera crédito a la tesis del recurrente, habría que

aceptar que en todos los casos en que se afirma que el sindicado es consumidor del estupefaciente que porta, fuera absuelto por antijuridicidad de la conducta (sic), situación con la que sin lugar a dudas se desconocerían los principios rectores de la ley penal colombiana”.

Por otra parte, las pruebas del proceso niegan la posibilidad de que el acusado destinara la sustancia incautada para su comercialización o tráfico ilícito, pues no se lo sorprendió en esa actitud ni se insinuó siquiera en la actuación que traficara con el alucinógeno o con otra clase de sustancias ilegales.

Por el contrario, los agentes de Policía que lo aprehendieron declararon que, al momento de la captura el acusado no estaba haciendo nada en particular, que no se alteró al ser requerido para la requisita y manifestó que la sustancia la requería para el propio consumo.

En consecuencia, los hechos y las pruebas según fueron declarados y valorados por los juzgadores, demuestran que, en efecto, el acusado es un adicto que al momento de la aprehensión, estaba en posesión de 29,9 gramos de marihuana.

La tipicidad de la conducta (desvalor de acción), no tiene discusión en este caso, pues de conformidad con el artículo 376 del Código Penal, incurre en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, 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.

Pero, lo que no se demuestra en la actuación es que los bienes jurídicos tutelados con el tipo penal referido (salud pública, seguridad pública, orden económico y social), hayan sido afectados con la posesión de 9,9 gramos que por encima de la dosis personal tenía en su poder el acusado, de quien se sabe es un consumidor habitual, un adicto, que no ejecutaba actividades de distribución o venta del alucinógeno.

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

Desde ningún punto de vista, teniendo en cuenta que en el proceso no se demostró que la conducta del acusado trascendiera la órbita de sus propios intereses, lo cual significa que la posesión de alucinógeno que se le imputa, no tuvo incidencia sobre derechos ajenos, individuales o colectivos o, lo que es igual, carece de trascendencia penal, sin que resulte válido su ejercicio so pretexto de proteger, a través del castigo, la propia salud del procesado

adicto al consumo de marihuana, pues es un tema que sólo corresponde decidir a él en forma autónoma por ser el único rector de su propia vida.

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

Lo anterior no significa que en todos los casos en que a una persona se la encuentre en posesión de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal o, inclusive, dentro de los límites de ésta, deba considerarse que no realiza conducta típica y antijurídica, eventualmente culpable y, por consiguiente, punible. Lo que quiere significar la Corte es que cada asunto debe examinarse en forma particular en orden a verificar la demostración de tales presupuestos, de manera que las decisiones de la justicia penal consulten verdaderamente los principios rectores que la orientan, como el de antijuridicidad que aquí se analiza.

Con ello ratifica que, cuando se trata de cantidades de drogas ilegales, comprendidas inclusive dentro del concepto de la dosis personal, destinadas no al propio consumo sino a la comercialización o, por qué no, a la distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege; lo que no acontece cuando la sustancia (atendiendo obviamente cantidades insignificantes o no desproporcionadas), está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problemas de dependencia, evento en el que no existe tal incidencia sobre las categorías jurídicas que el legislador pretende proteger.

Un diagnóstico oportuno de los aspectos que aquí quedaron expuestos, por parte de los funcionarios judiciales, contribuiría a un mejor desenvolvimiento de la actividad judicial estatal en la medida que sus recursos no se dispararían en asuntos insustanciales, sino que se enfocarían en los que, por su magnitud y trascendencia social, realmente requieran el ejercicio de la acción penal.

Situación que nos conduce a recordar los objetivos propuestos para una justicia mejor, a través de la implementación del sistema acusatorio, en el Acto Legislativo 02 de 2003, desarrollado por la Ley 906 de 2004.

Consultadas las actas correspondientes, se observa que el propósito del constituyente era dar a la Fiscalía la posibilidad de desbrozarse de la cantidad de asuntos menores que desgastaban su actividad, para que pudiera concentrarse en lo que verdaderamente ponía en peligro nuestra convivencia y por ello se concibió, entre otros mecanismos, el del principio de oportunidad.

“Este principio pretenderá resolver los conflictos menores que se presentan con gran frecuencia, que a pesar de que muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos protegidos por el legislador, aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema.

La filosofía del principio de oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta.”[Gaceta del Congreso No. 157, página 3. (10-05-02)].

Por eso, considera la Corte que se requiere desarrollar el derecho penal del Estado social y democrático de derecho, para lo cual esta herramienta que brinda el sistema penal acusatorio resulta de gran ayuda. Y es que afinado en la equidad como principio rector, la fórmula constitucional del Estado social, supone la superación de la igualdad formal característica del Estado liberal, que advertía que todos debían ser tratados por igual; cuando el escenario en que debe actuar el juez del nuevo esquema le impone justamente privilegiar a los desvalidos, a los discriminados y a los infelices que como en el caso que se analiza, cayeron en la desgracia de la adicción. Estas personas merecen respuestas constitucionales y legales diferentes a la pena, que lo único que garantizaría es la insensible agravación de su situación personal, familiar y social.

El mensaje de la superación del culto insensible e insensato de la legalidad y de la igualdad formal, dirigido al juez del Estado social y democrático de derecho, se encuentra inmerso en innumerables espacios de nuestra normatividad, como en los artículos 1º y 13 de la Constitución Política, 1º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 1º, 11 y 56, entre otros, del Código Penal y en el 27 de la Ley 906 de 2004; para solo citar los más inmediatos.

En consecuencia, en aras de la búsqueda de la realización del Estado social y por ende de los fines de una mejor justicia, debe seguir desarrollándose el alcance del juez del Estado social y democrático de derecho que modula el concepto de la igualdad formal y estricta, característica del Estado liberal de derecho, para entrar a discriminar a los necesitados de atención diferente a la de la pena, esto es, a personas que viven en la marginación y la exclusión, o en situaciones de desventaja o debilidad manifiesta, tal y como lo ordena el artículo 13 Superior.

En ese propósito surgen determinantes las herramientas ofrecidas por el Legislador para descongestionar a la administración de justicia de investigaciones y procesos adelantados por conductas que, como la que aquí se analiza, no ameritan toda la atención del aparato sancionatorio del

Estado, cuando resulta más justa su atención por la vía del ofrecimiento de la oportunidad, de la conciliación, de la mediación, o la senda misma de la ausencia de antijuridicidad material; que en todo caso conducen a situaciones diferentes de la pena de prisión, inútil e ilegítima en asuntos como el que se examina.

Frente a esa gama de posibilidades de justicia mejor, la Corte exhorta a los funcionarios judiciales, especialmente de la Fiscalía General de la Nación, a hacerlos operantes de manera que los grandes esfuerzos institucionales se concentren en los asuntos que realmente sean trascendentes, para evitar así el daño que en la sociedad genera el delito.

Decisión. Como se evidencia el desacierto de la sentencia con la que se condenó al procesado por un comportamiento que no constituye conducta punible, esta circunstancia impone como remedio para restablecer sus garantías fundamentales y hacer efectivo el derecho material en la presente actuación, casar el fallo objeto de impugnación y, en su lugar, absolverlo del cargo por el cual se lo acusó.

Por las razones consignadas, la **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CASAR** la sentencia de segunda instancia del 12 de octubre de 2007, con la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la proferida el 24 de julio de ese mismo año por el Juzgado 7º Penal del Circuito, que condenó a **Oscar Yesid Jiménez Arenas** como autor responsable del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.
2. **ABSOLVER** al señor **Jiménez Arenas** del cargo por el que se lo llamó a juicio en esta actuación.
3. Realizar la información de la sentencia absolutoria a que se refiere el inciso 2º del artículo 166 del Código de Procedimiento Penal.

Contra esta decisión no procede recurso alguno. Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase”.

B. COMENTARIO

1. Introducción.

Este escrito tiene la naturaleza de comentario, razón por lo cual algunos temas quedan en la mera condición de enunciado, sin llegar a profundizar en los referentes teóricos e investigativos que sirven de respaldo a las tesis que se suscriben. Ello se corresponde con su finalidad, la cual es motivar a la reflexión y al análisis respecto de dos asuntos de trascendencia y plena actualidad:

El primero, de la sentencia antes transcrita de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se hace una delimitación tajante entre los supuestos de consumo y porte para el consumo de drogas “ilegales”, de las actividades de tráfico, para asumir que los primeros no los comprende el derecho penal colombiano, por cuanto son expresión del ejercicio del derecho a la autonomía personal. En consecuencia, se intenta aquí definir la validez de los fundamentos del fallo, desde los principios y garantías que constitucionalmente están prescritos como límite al sistema penal colombiano, lo cual será tratado en la primera parte.

El segundo, del Proyecto de Acto Legislativo que se tramita en el Congreso, por iniciativa del Gobierno, con el cual se pretende reformar la Constitución para hacer posible la criminalización del consumo de drogas que producen dependencia. Pero antes de acometer el estudio de esta iniciativa, para una mayor claridad de los elementos involucrados en el debate, se hará un rastreo histórico tanto de la legislación como de algunas iniciativas legislativas en la materia. Este estudio aspira a lograr dos resultados: en primer lugar, describir los enfoques político criminales que se disputan el campo jurídico respecto de este específico conflicto, y el grado de respeto que ellos guardan en relación con los principios y garantías que son consustanciales al derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho; y, en segundo lugar, dilucidar las funciones latentes o encubiertas que hay detrás de los esfuerzos por regular el consumo de drogas dentro del derecho penal. Todo ello será objeto del análisis que integra la segunda parte.

2. Análisis de los fundamentos de la sentencia transcrita de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En el estudio de esta providencia se tratan los asuntos relacionados con el derecho penal sustantivo, no así los de naturaleza procesal

entre los cuales se incluye la técnica de casación, a cuyo efecto se debe comenzar por la validez constitucional de sus fundamentos.

2.1. La providencia, coherente con la tesis que prohija, sostiene que cada caso en particular exige valorar la finalidad o la motivación por la cual se tiene o se porta la sustancia, y cuando ésta es el propio consumo, la conducta no comporta lesión o peligro al bien jurídico tutelado, esto es, la salud pública; al contrario, si se acredita que su destino es el comercio, sea éste gratuito u oneroso, así la cantidad esté dentro de los límites legales de la “dosis personal”, se está en terrenos del ámbito del derecho penal, más concretamente, dentro de lo regulado por el tipo penal vertido en el artículo 376 del Código Penal.

Lo anterior contrasta con las sentencias de primera y segunda instancias, las cuales parten de dos presupuestos: de un lado, que en el artículo 376 del Código Penal se está en frente a un tipo penal de peligro abstracto; y, del otro, que del tenor literal del supuesto de hecho cabe inferir que en todos los eventos en los que la cantidad que se porte o posea supere la normativa legal de la “dosis personal”, el bien jurídico se ha puesto en peligro, porque ese exceso puede “utilizarse para comerciarse o distribuirse de cualquier manera”, lo que significa una presunción de derecho, sin admisión de prueba en contrario, que hace insulso o improcedente interrogarse sobre la finalidad o el motivo por el cual el imputado o procesado tiene en su poder la droga.

La tesis de que el “exceso” de sustancia, corre el peligro de terminar en el “mercado”, no resulta ser más que una conjetura. Desde luego, pretender resolver los problemas que se le presenten a la jurisdicción cuando aborda este tipo de conductas, sobre todo por las dificultades que el debate probatorio suscita, con el manido argumento de que la dosis personal pueda ser instrumentalizada por verdaderos “traficantes”, a través de presunciones de derecho, es una solución que no respeta los principios que disciplinan el derecho penal en el modelo del Estado constitucional de derecho. Enfoques hermenéuticos de esta estirpe, constituyen la reproducción de la tesis de que es preferible la condena de inocentes, cuando hay riesgos de que en las debilidades institucionales o en las dificultades probatorias de los casos que hacia el futuro se vislumbran, podrán ampararse culpables para lograr la impunidad. Semejante solución, obvio es decirlo, comporta una transgresión palmaria del principio constitucional y legal de la presunción de inocencia.

Por esta razón, se debe compartir en forma integral la tesis que suscribe la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al prescribir que cuando exista la posibilidad de que la tenencia de la sustancia sea para el propio consumo, incluso cuando la cantidad rebasa el límite normativo de la “dosis personal”, se debe realizar un esfuerzo investigativo para definir el grado de veracidad de esta circunstancia que, una vez acreditada, obliga a excluir la imputación del delito por falta de injusto, más concretamente, por ausencia de la “antijuridicidad material”.

Así mismo, si se presentan casos en los que la duda sobre la finalidad de la tenencia no se logra acreditar ellos se deben tratar de conformidad con el principio in dubio pro reo que también es de rango constitucional y legal. Desde luego, es probable que algunos pongan el grito en el cielo al escuchar este planteamiento y afirmen que se está ad portas de un colapso institucional, no obstante habrá que replicarles que cuando una organización social reclama el status de Estado Constitucional de derecho para presentarse ante el mundo revestido de tal etiqueta, debe ser consecuente con los postulados que se infieren de dicho paradigma. Este es un “costo” de la democracia y proclamar otra solución es hacerse conniventes con la mentira; en este sentido, con toda razón, afirma FERNÁNDEZ CARRASQUILLA que:

[...] la eficacia de la justicia penal no se mide por el número de detenciones o condenas, sino por el grado de contribución a la realización de los valores jurídicos dentro de su campo” - lo cual conlleva a condenar sólo al culpable, sólo en la medida de su culpabilidad o merecimiento de pena, y el in dubio pro reo -. “Otra cosa es un crimen de estado y no forma legítima de lucha contra la criminalidad en un Estado social y democrático de derecho [...]. El funcionamiento democrático del poder estatal debe pagar un costo de la preservación prioritaria de los derechos fundamentales de las personas y esto implica la renuncia a cierto tipo de acciones que podrían ser más “eficaces” sin estos límites².

2.2. Además, el fallo que se analiza permite tornar visible la relevancia que tiene el poder jurisdiccional en el ámbito del Estado constitucional de Derecho. El contexto en que se produjo es adverso, por las presiones derivadas del estigma social que rodea el consumo de las “drogas ilegales”, el prejuicio extendido de su correlación con la “inseguridad ciudadana”, reforzado por el populismo gubernamental que reclama la necesidad de la criminalización de la dosis personal.

² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Liberal de Hoy*, págs. 248- 249.

No obstante, la Sala de Casación Penal a partir de una interpretación desde la Constitución, excluye de punibilidad el porte de droga para el consumo, así la cantidad supere el tope de la “dosis personal”, por cuanto el no hacerlo terminaría validando la criminalización del consumo, conducta constitucionalmente legítima³. De esta forma, la salvaguarda de los derechos involucrados en el conflicto –el “libre desarrollo de la personalidad”, entre otros–, la contención del sistema punitivo a partir de los principios que constitucionalmente lo limitan⁴, se erigen en razón de ser del poder jurisdiccional, y, por ende, fuente esencial de su legitimación. Tal vez sea LUIGI FERRAJOLI quien con mayor profundidad ha sabido expresar el papel que le concierne al juez en el paradigma del Estado constitucional de derecho, razón por la cual merece ser citado en lo pertinente:

“En esta sujeción del juez a la constitución y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimidad de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes [...]. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos [...] esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política ligada a la representación [...] su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llamado “democracia sustancial” [...].”⁵

³ Véase el análisis que se hace de la sentencia C-221 de 1994, de la Corte Constitucional, en II.2.

⁴ “La clave es, a nuestro juicio, la refundación del discurso liberal, sobre la base de un agnosticismo completo acerca del poder punitivo, reconocido sólo como inevitable presencia política necesitada de contención, y la cuidadosa legitimación del ejercicio del poder jurídico-penal como contención del poder punitivo, sobre la base de la necesidad ineludible de preservar el Estado de derecho y los espacios de libertad ciudadana como condición indispensable de la dinámica social y política democrática”. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. “El Derecho Penal Liberal y sus enemigos” (Lectio Doctoralis en ocasión del Doctorado Honoris Causa, Universidad Castilla – La Mancha 2004), en ZAFFARONI, *En torno de la cuestión penal*, pág. 174.

⁵ FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, págs. 27-28. En otro lugar, el mismo autor puntualiza que: “[...] la crítica del derecho, conforme a sus propias fuentes de legitimación y de deslegitimación jurídica, es la principal tarea cívica de la jurisprudencia y la ciencia jurídica. Y es de ella donde proviene la permanente posibilidad de auto-reforma [...] y en la que reside la superioridad política del estado de derecho frente a cualquier otro régimen jurídico” (cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pág. 878. Véase, también, del mismo: “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en *Corrupción y Estado de derecho*, págs. 25-28.

2.3. Sin duda, subyace aquí el conflicto recurrente entre la seguridad institucional, los principios y los derechos humanos; entre el eficientismo—que demanda eficacia, incluso a costa de los principios, los derechos y las garantías prescritas para su tutela— y la seguridad de los derechos fundamentales⁶. En este punto el fallo analizado, asume la opción de la seguridad de los derechos, por lo cual no se muestra proclive a demonizar al consumidor a quien le reconoce el pleno derecho a decidir, con plena autonomía, si vincula o no la droga a su cotidianidad. Tampoco, se deja colonizar por el discurso de la enemistad, invocado de manera recurrente, presto siempre a identificar al consumo de drogas como mal absoluto cuando no como factor desencadenante de la correlativa “hecatombe” que sobrevendrá si los operadores jurídicos ejercen la contención a los abusos que se institucionalizan con el Derecho Penal, todo ello con el pretexto de salvaguardar la democracia, la Patria o la “seguridad democrática”. Es perentorio, entonces, reconocerle a la jurisdicción el valor y la entereza demostrados, porque en el contexto actual de la crisis institucional, resulta difícil defenderse de los discursos, que, al reclamar universalismos morales e instrumentalizar los prejuicios, convocan a la jauría de las “mayorías” a participar en la cruzada contra los “traidores”, etiqueta reservada para los disidentes de la voluntad del “Gran Hermano” Orweliano. Para dar por concluido este punto del análisis tal vez sea conveniente, de la mano de ZAFFARONI, reparar en la proclividad de los autoritarismos a comprender en su definición de “enemigos”, a quienes defienden los derechos y las libertades:

La característica común del autoritarismo de todos los tiempos es la invocación de la necesidad en una emergencia: la herejía, el Maligno, el comunismo internacional, la droga, la sífilis, el alcoholismo, el terrorismo, etc. Se absolutiza un mal justificando una necesidad apremiante, inmediata e impostergable de neutralizarlo, pues se halla en curso o es inminente y se lo presenta como amenaza para la subsistencia de la especie humana o, al menos, de una cultura o civilización.[...]. Se trata de una guerra contra el mal de dimensión colosal y, por ende, los agentes de éste son enemigos de la sociedad. Asume esta lucha características

⁶ Como ha dicho BARATTA: “Con la pretensión de aumentar la eficacia del sistema penal, el eficientismo está siempre dispuesto a hacer concesiones respecto de las garantías individuales y de los principios de limitación del poder punitivo, que constituyen el principal índice de la normalidad del derecho penal. El eficientismo se encuentra entonces en contradicción directa con los elementos constitutivos del pacto social y del sistema de los derechos fundamentales”. Cfr. “Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social”, en *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, pág. 183.

bélicas y el discurso que le sirve de base legitimante adopta la forma del llamado derecho penal de enemigos [...]. Así como quien obstaculizase al ejército que en la guerra actúa en defensa de la Nación se convertiría en un traidor a la Nación, del mismo modo nadie puede dificultar o poner trabas a la acción salvadora de las huestes que defienden a la sociedad, sin convertirse en un traidor o directamente en un enemigo de ésta⁷.

2.4. Llama poderosamente la atención que no obstante el reconocimiento de circunstancias excepcionales en la conducta del procesado –por ejemplo: con arraigo en la comunidad, la ausencia de antecedentes, “quizás por ingenuidad sobrepasó el límite de dosis personal”, la problemática de la dependencia a la droga de tiempo atrás, todo ello haya sido valorado como irrelevante a efectos de definir el grado de responsabilidad, y el juez y el Tribunal terminen imponiendo una pena de 70 meses de prisión y multa de 8 salarios mínimos legales mensuales.

Incluso resulta desproporcionada la pena prescrita por la ley, para supuestos en los que la misma droga y cantidad no están destinadas para el propio consumo. Tratando de encontrar una explicación de esta severidad punitiva, debe decirse que una de las variables más importantes es la precariedad de la soberanía colombiana, pues el país al ser puesto en el contexto internacional, no sin razón, como productor de drogas –amén de la connivencia de actores con poder económico y político con dicha actividad– acude al sistema penal represivo, incrementando la punibilidad para diversos supuestos a extremos realmente inauditos⁸, con lo que se busca contrarrestar las sospechas para afirmar ante el mundo la inocencia y el compromiso con una causa universal.

2.5. Desde luego, es pertinente el llamado de atención que en la sentencia se le hace a la Fiscalía, para que institucionalice como práctica la actividad investigativa necesaria para definir si, en cada caso en concreto, se está o no en presencia de los supuestos comprendidos en la decisión de la Corte, esto es, si el porte de la droga es para el propio consumo del imputado, evento en el cual debe proceder a solicitar la respectiva preclusión de la investigación al juez de garantías.

⁷ ZAFFARONI “El Derecho Penal Liberal y sus enemigos”, Op. cit., p. 158. Véase del mismo, “Los desafíos del poder judicial”, en *Pensamiento Penal del Sur*. N° 2, pág. 18.

⁸ Para una mayor profundización sobre este tema, en la legislación penal de Colombia, véase: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Las drogas*, págs. 34 y ss.; del mismo, “La legislación colombiana en materia de estupefacientes”, en FERNANDO VELÁSQUEZ V. (Editor), *Drogas. Problemática actual en España y América*, págs. 31-33.

En el caso analizado, la absolución se fundó en que la conducta del procesado no era punible, por sólo alcanzar a constituir una antijuridicidad formal no así la material, dado que ni se lesionó ni se puso en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal: “Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”. Si este es el fundamento, es pertinente afirmar que hay exclusión plena del injusto, y, en consecuencia, se está en presencia de una causal de exclusión de la responsabilidad. Pero también hay que considerar la tesis de la falta de dolo, y, por ende, de que se trata de una conducta atípica. En cualquiera de estas dos soluciones, las cuales gozan de buenos argumentos de cara al sistema normativo, no se estaría en presencia de “causales sustanciales” que dan aval a la aplicación del principio de oportunidad (Art. 347 del Código de Procedimiento Penal), sino en frente a situaciones de “atipicidad del hecho investigado” o de exclusión de la responsabilidad, que obligan al fiscal solicitarle al juez de garantías una preclusión de la investigación (Art. 370 del C.P.P.).

En conclusión, no se está en presencia de “criminalidad de poca monta”, de bagatelas, de lesiones “insignificantes” al bien jurídico, sino ante una clara situación de atipicidad o en frente a eventos que excluyen la responsabilidad. Por este motivo, los procesos con los mismos supuestos del caso aquí analizado, no deben resolverse a través de las causales sustanciales del principio de oportunidad, lo que no obsta a que en otros eventos, con supuestos divergentes, sea pertinente y válido dar aplicación al mismo con fundamento en las “causales sustanciales” previstas en la normatividad procesal penal.

Pero el llamamiento que hace la Corte a los fiscales, para que procedan a comportarse como garantes de los derechos humanos, en su condición de integrantes del poder jurisdiccional, debe ampliarse para reclamarles que estatuyan un control de las prácticas policiales recurrentes, que, con el pretexto de la eficiencia y en procura de los consiguientes reconocimientos institucionales, ejerzan un control reactivo, punitivo, contra grupos sociales especialmente vulnerables, que tienen en la droga un mecanismo para evadir la realidad o encuentran en ella una dimensión lúdica de su precaria existencia, no descartándose que también sean las víctimas de “falsos positivos” en materia de tráfico de drogas.

2.6. La Corte se adscribe, sin duda, al enfoque hermenéutico que impone la interpretación de las normas penales desde la

Constitución, cuando asevera que el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho obliga al juez a tratar a quienes viven el drama de la drogadicción, como sujetos en condiciones de especial vulnerabilidad, marginación y exclusión, que los sitúa en desventaja o debilidad manifiesta, correlativo con lo cual y de conformidad con el principio de igualdad –igualdad material–, son acreedores a un trato especial del Estado, esto es, de respuestas constitucionales y legales, que nunca puede ser la pena, inútil e ilegítima, porque “lo único que garantizaría es la insensible agravación de su situación personal, familiar y social”.

Así las cosas, no se puede menos que avalar esta postura jurisprudencial porque contrasta de manera radical con la interpretación que del conflicto hace el actual Gobierno en cabeza del Señor Presidente al pretender criminalizar la conducta. Así mismo, porque constituye un cuestionamiento de peso a lo que viene aconteciendo con la puesta en vigencia e implementación del “sistema acusatorio” en todo el país, cuya característica más sobresaliente, en materia de “drogas”, es haberse circunscrito en gran parte a la persecución y judicialización de los casos de real o supuesta flagrancia, en los que las personas afectadas tienen manifiesta vulnerabilidad socio-económica –por ejemplo, vendedores ambulantes, mendigos, habitantes de la calle, trabajadores sexuales, jóvenes desempleados–, muchos de ellos, realmente dependientes de las drogas o con consumo habitual de las mismas⁹. De esta forma, el sistema penal puede ostentar logros con resultados cuantitativos que engrosan sus estadísticas, mientras la impunidad se enseorea respecto a la criminalidad más grave relacionada con el narcotráfico¹⁰.

⁹ Otros grupos sociales, por el contrario, disponen de espacios privados para el ejercicio del consumo, a los que no accede la fuerza pública (clubes, discotecas, fiestas privadas, fincas, etc.), o mecanismos institucionalizados les garantizan inmunidad.

¹⁰ Véase, *El Tiempo*, “De 7% es la posibilidad de que un homicida sea castigado por la justicia en Colombia, dice la UE”, Bogotá, D.C., 5 abril de 2009. En este registro periodístico se referencia una investigación cuyo objeto fue determinar la eficiencia del “sistema acusatorio” en Colombia –entró a regir en enero de 2005–, y en la cual se concluyó que, “Los cambios de naturaleza procesal poco inciden en la reducción de la criminalidad y de la impunidad. La impunidad antes del sistema procesal actual giraba en torno al 95 por ciento; ahora lo hace alrededor del 97 por ciento”. En los primeros tres años del sistema oral hubo 1,4 millones de “noticias criminales”, pero no hubo avances en 612 mil casos, 252 mil están apenas en etapa previa. Con respecto al homicidio se concluyó que sólo en el 7% de los casos existe posibilidad de que el homicida sea castigado por la justicia en Colombia, por cuanto de los 62.737 homicidios que hubo en el país –del 1° de enero del 2005 a mayo del 2008–, sólo 1.699 casos terminaron con condenas en el mismo lapso. Por lavado de activos, en tres años hubo 20 condenas, de 553 casos investigados; y sólo una condena por

3. Proyecto de Acto legislativo para convalidar la criminalización del consumo de droga.

Cuando prohíban la dosis personal, por la pica, me voy a parar a fumar marihuana en la puerta de la Catedral. Para que me lleven, obligado, donde un policía y donde un psiquiatra. Le mostraré al psiquiatra todos los libros que he leído, todos los libros que he escrito, toda la música que he oído y todos los cuadros que he visto con la percepción exacerbada por la droga. Y si quieren, que me encanen. Si me encanan, llevaré una cuerda. Si me quitan la cuerda, llevaré los cordones de los zapatos. Si me quitan los zapatos, dejaré de respirar. Para qué respirar donde no hay libertad.

HÉCTOR ABAD FACIOLINCE¹¹

De aprobarse –el acto legislativo que criminaliza el consumo– Colombia no será un país libre de drogas, solamente será un país menos libre”.

ALFREDO RANGEL¹²

Como se advirtió en la introducción, en este apartado se hace una breve descripción de la legislación colombiana en materia de consumo de drogas para culminar con el Estudio del Proyecto de Acto Legislativo que actualmente se debate en Congreso, con el cual se pretende reformar la Constitución a efectos de criminalizar el consumo de drogas. El análisis de cada una de estas disposiciones tiene como objetivo dos asuntos: el primero, definir el grado de correspondencia que guardan en relación con los principios y garantías que el Estado Democrático tiene como límites del derecho penal; el segundo, esclarecer las funciones latentes que subyacen a los esfuerzos por regular el consumo de drogas dentro del derecho penal¹³. Esto último, por cuanto el criterio instrumental ha sido el tradicional para abordar lo relativo a la deslegitimación del derecho

enriquecimiento ilícito, de 275 procesos comenzados. Y como siempre, interrogado el gobierno sobre esta “hecatombe” del sistema, sólo atinó a decir, como siempre, que la causa de esta ineficiencia es el “demasiado garantismo”, o en otras palabras, que los derechos humanos han colonizado la práctica de nuestros funcionarios judiciales. En este sentido el viceministro de Justicia, Miguel Ceballos, cuando pontifica que, “Es claro que el sistema debe respetar las garantías, pero no se puede caer en que el exceso de garantismo termine rayando en la impunidad”. (Ibid.)

¹¹ HÉCTOR ABAD FACIOLINCE, “Columna enmarihuana”, en *El Espectador*, 14 Mar 2009.

¹² ALFREDO RANGEL, “La terapéutica verdad”, en *Revista Semana*, N° 1404, 28 de marzo de 2009.

¹³ Sobre las funciones latentes, no declaradas, véase el estudio pionero en Colombia de SANDOVAL HUERTAS, *Penología. Parte Especial*, págs. 247-301.

penal –por ejemplo, no es eficaz para tutelar los bienes jurídicos que dice proteger o para brindar indemnidad a los ciudadanos frente a los abusos del poder punitivo– no es suficiente para una comprensión integral del mismo, y por ese motivo es importante sumar al análisis, lo relativo a las motivaciones políticas y económicas reales que acompañan la creación del derecho penal estatal.

Se procede, entonces, a reconstruir de manera breve los acontecimientos más relevantes que en la última época han tenido como eje al sistema penal colombiano, respecto del conflicto aquí tratado.

3.1. La Ley 30 de 1986: Paradigma del enfoque punitivo para el consumo de “drogas”.

Esta ley es el antecedente normativo más relevante de la hegemonía del enfoque punitivo en la regulación del consumo de drogas y de su tenencia con el mismo fin. Sus notas más sobresalientes se pueden sintetizar así: calificaba como contravención penal las conductas de llevar consigo o conservar para el propio uso o consumo, drogas que produjeran dependencia; prescribía para estas conductas las penas de arresto y multa, que se incrementaban en los supuestos de reincidencia (art. 51, a y b); para la multa impaga, operaba la conversión en arresto, sin exceder en cinco años (art. 75); a quien los médicos legistas calificaran en “estado de drogadicción”, se le imponía internamiento forzoso “en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado”, por tiempo indefinido, esto es, hasta que lograra su “recuperación” (art. 51, c). El “drogadicto” podía ser confiado a la familia para que cubriera los costos del internamiento en clínica o centro de salud, compromiso que en caso de no cumplirse conllevaba el internamiento obligado del “adicto” en centros oficiales destinados para tal efecto. La competencia para la investigación y el juzgamiento de estas contravenciones estaba en cabeza de autoridades del ejecutivo (Gobernador, Intendente, Comisario, Alcalde Mayor de Bogotá, en primera instancia; y el Ministerio del Interior, para la segunda instancia) (art. 68), a través de un procedimiento breve y sumario (art. 68)¹⁴.

En resumen, la ley criminalizaba los supuestos de consumo y adición, imponía como pena la privación de la libertad, y con

¹⁴ Para un análisis más amplio de la política criminal desarrollada por esta ley, véase, LONDOÑO BERRIO, “Apuntes criminológicos sobre la ley 30 de 1986”, en *Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes*, págs. 151 y ss.

el pretexto del “tratamiento” para los adictos, prescribía una intervención coactiva sobre la libertad, por tiempo indeterminado. Además, institucionalizaba una administrativización del sistema penal, al asignarle la competencia para la investigación y el juzgamiento a autoridades del ejecutivo, que para ese entonces eran de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, a través de un procedimiento lesivo de manera manifiesta del debido proceso¹⁵.

Pero, para una comprensión cabal de las funciones del sistema penal instaurado por esta ley, es pertinente también tratar de acercarse a la criminalización secundaria, esto es, cómo operaba en el proceso de aplicación, con lo cual se puede dilucidar quiénes eran sus verdaderos destinatarios. Para ello, se puede remitir a una investigación que dirigió el autor de este trabajo¹⁶, la cual tuvo como objetivo –entre otros, investigar la caracterización socio-económica de las personas judicializadas y condenadas por el porte y consumo de drogas al amparo de esta ley, en todo el Departamento de Antioquia, durante un año (junio de 1989 a mayo de 1990). Algunos de los resultados, fueron los siguientes:

Las características de los condenados que tenían su residencia en la ciudad de Medellín, fue la siguiente: el 70%, eran analfabetas y con primaria incompleta; el 70%, eran desempleados, subempleados, vendedores ambulantes, trabajadoras sexuales, mendigos y habitantes de la calle. En los barrios de clase alta no hubo ningún capturado y sólo cuatro profesionales fueron judicializados, todos los cuales resultaron absueltos. En cuanto a los “adictos”, condición excepcionalmente acreditada dentro del proceso, la constante era ordenar su entrega a la familia, para que esta cubriese el valor del tratamiento; con respecto a ellos también se acreditó que la única institución oficial disponible para el tratamiento, el Hospital Mental, se negó a recibirlos, por cuanto sus directivas asumieron que su eficacia tenía como condición ineludible la asunción voluntaria por parte del “paciente”.

¹⁵ Un estudio completo de los aspectos sustantivos y procesales de esta ley, en lo que se refiere a las contravenciones allí reguladas, véase: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “Las contravenciones en el Estatuto Nacional de Estupefacientes”, en *Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes*; del mismo, *Las Drogas*, Op.cit., págs. 218-230.

¹⁶ AA. VV.: *Las Drogas: perspectiva socio-política*, Medellín, Facultad de Derecho-Universidad de Medellín, 1991.

Las características de los condenados en los restantes municipios del Departamento, fueron las siguientes: más del 80% eran desempleados y subempleados; y el 97.6% tenían “antecedentes”, concepto que para el momento se equiparaba al haber sido sindicado de delito o contravención penal, no siendo necesaria la existencia de una condena. Fue una constante que los procesados adujeran que habían sido “cargados” por la fuerza pública que participó en el procedimiento de su captura. Lo anterior permitió concluir que en coyunturas de “inseguridad ciudadana”, las personas con “antecedentes” eran los enemigos útiles, los chivos expiatorios más propicios para hacer recaer sobre ellos la causa de la “inseguridad”, lo cual correlativamente conducía a su favorecer su aprehensión, que se facilitaba por hallárseles en posesión de droga, cuando no era posible construirles otra imputación penal. En cuanto al procedimiento, se constató lo siguiente: muchos procesados nunca contaron con defensor; casi siempre hubo ausencia de contradictorio, por cuanto se le daba plena credibilidad al testimonio del agente de la fuerza pública que informaba del procedimiento; la sentencia condenatoria muy frecuentemente no se le notificaba al procesado, lo cual facilitaba la conversión de la multa en arresto.

En conclusión, aunque para este momento las investigaciones arrojaban como dato que en todos los grupos sociales y en todas las edades estaba presente el consumo de sustancias “ilegales”, los resultados ratificaron el carácter estructuralmente selectivo del sistema penal, porque sus filtros, en especial el de la fuerza pública, contribuían a ello y además, la administración pública del orden local y departamental encontraban funcional la criminalización, a efectos de afirmar estar contribuyendo a la “seguridad ciudadana”.

3.2. La sentencia C-221 del 1994: Un enfoque libertario para el conflicto

La política criminal que inspiraba la Ley 30 de 1986 llevó a que ella fuera declarada inexecutable parcialmente por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-221 del cinco de Mayo 1994, en la materia que se trata¹⁷. Es importante referirse, así sea de manera breve, a los

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1994, magistrado ponente, Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Salvamentos de voto de los magistrados JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, HERNANDO HERRERA VERGARA, FABIO MORÓN DÍAZ y VLADIMIRO NARANJO MESA. Para un análisis amplio de esta sentencia, véase: MARTÍNEZ, *Estado de Derecho y Política Criminal*, capítulo III, “La despenalización de las drogas: el sometimiento a la constitución política”, págs. 114-151.

fundamentos centrales de esta decisión, para ilustrar la controversia que luego se suscitará: i) en Colombia rige una Constitución libertaria y democrática, consecuente con lo cual debe garantizarse el mayor espacio para la libertad, condicionando las intervenciones punitivas del Estado, a las conductas que afecten los derechos fundamentales de otros; ii) correlativo a ello, el derecho penal no puede inmiscuirse en asuntos de la moral, como sería el caso de la “dosis personal”; iii) la protección de la salud individual no es deber jurídico para el titular del derecho; iv) El castigo del drogadicto es contraproducente, porque la intervención sobre el consumidor o del adicto a través de la pena, agudiza su situación de vulnerabilidad, y no ataca las causas de la conducta; v) la criminalización del consumo y de la dependencia a las drogas ilegales, entroniza una discriminación a favor de sustancias con efectos similares, circunstancia que no tiene justificación; vi) respecto a la conducta criminalizada, se pregona el libre desarrollo de la personalidad, esto es, que “[...] los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen [...]. Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma. Equivale a esto: ““Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado” [...]”; vii) ante la ineficacia, inconveniencia e ilegitimidad del castigo, es mejor la educación y la prevención. También, realza la educación como instrumento preventivo privilegiado y claramente consecuente con la dignidad humana: “La educación tiene por destinatario, idéntico sujeto que el derecho: el hombre libre. Los shocks eléctricos, los cortes quirúrgicos y los tratamientos químicos no educan, inducen conductas irresistibles y, en esa medida, niegan brutalmente la condición moral del hombre, que es lo único que nos distingue de los animales. No puede, pues, un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias [...]”.

Desde el mismo momento en que se publicó la sentencia, esta fue objeto de algunos cuestionamientos en el ámbito internacional¹⁸, y,

¹⁸ En EE.UU., LEE BROWN, “Zar de las Drogas”, manifestó un “Extremo desánimo”. El periódico *The New York Times*, comentó que tal decisión “exacerba las tensiones entre Estados Unidos y Colombia. Simbólicamente es muy importante y constituye un

en el orden interno el tema fue objeto de apropiación por los agentes políticos¹⁹ y medios de comunicación que reclamaron la necesidad de reformas constitucionales para regresar al statu quo añorado. Pero fue por la vía de la ley que se llegó a criminalizar algunos supuestos reputados de especial gravedad, como se muestra en el acápite subsiguiente.

Por ahora, cabe concluir, con esa decisión la Corte Constitucional se adscribe a un enfoque libertario respecto del consumo, conforme al cual la persona tiene derecho a decidir si entre sus opciones de vida articula o no “la droga”, y en caso de hacerlo, escoger la que mejor le parezca. El poder político está obligado a informar sobre los riesgos para la salud que científicamente se han acreditado sobre cada una de las “drogas”, sin discriminar entre legales e ilegales, e incluso, a hacer campañas educativas y de prevención para evitar que los grupos más vulnerables sean colonizados por el mercado, y para un manejo responsable de su uso. Este enfoque también se interroga sobre qué hay en la cultura hegemónica, en las relaciones sociales dominantes, que motivan el uso y/o proclividad al abuso. En los casos de abuso, que pueden comportar riesgo para la salud personal, reclama como necesarias políticas públicas de contenido preventivo, que cruzan principalmente por la educación, y medidas de rehabilitación, de acceso universal, para quienes en forma voluntaria decidan acogerse a ellas.

El enfoque libertario también respeta la pluralidad cultural, al asumir que cada cultura le asigna a algunas sustancias valor terapéutico, religioso, recreativo, lúdico, simbólico, y construye sus propios mecanismos informales para evitar el abuso. Algunas drogas “ilegales” por ejemplo, hacen parte de las culturas de algunos pueblos indígenas, pero no representan problema social alguno

devastador golpe para los gobiernos de E.U y Colombia”. Cfr. *El Espectador*, mayo 7 de 1994, pág. 7-A.

¹⁹ ERNESTO SAMPER PIZANO, en plena campaña política para la Presidencia de la República, con ocasión de la decisión aludida, expresó: “La aceptación de una dosis personal en un país como Colombia donde se presume que existe una gran cantidad de drogas fácilmente disponible, constituye un peligroso paso para abrir las puertas a la drogadicción generalizada [...] esto sería como si se permitiera en una fábrica de licores el libre consumo de alcohol [...]. Es indispensable realizar a la mayor brevedad posible una consulta popular nacional [...]. Es un asunto de tanta importancia para el bienestar de las familias colombianas y su juventud que he creído conveniente comprometerme más allá de cualquier ambición electoral que, me parece, no debe jugar en este caso. No es hora de votos sino la hora de ayudar a la gente, en especial a los jóvenes de Colombia”. Cfr. *El Espectador*, 8 de mayo de 1994, pág. 5-A.

para ellos, porque los controles sociales existentes (por ejemplo: uso exclusivo para determinados integrantes del grupo; uso circunscrito a la celebración de determinados acontecimientos, o a prácticas rituales; fijación de límites de edad y sexo para el consumo), son suficientes para evitar el abuso.

3.3. La restauración parcial del enfoque punitivo.

La vigente Ley 745 de 2002 “por la cual se tipifica como contravención el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, con peligro para los menores de edad y la familia”, se caracteriza así: a) criminaliza, a título de “contravención penal”, las conductas de consumo de “estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia” en presencia de menores de edad, o cuando el consumo se realice en el propio domicilio, “con riesgo grave para la unidad y el sosiego de la familia”; y el consumo, porte o tenencia de las mismas sustancias en “establecimientos educativos o en lugares aledaños a los mismos o en el domicilio de menores”; b) otorga competencia para la investigación y el juzgamiento de esas figuras a los jueces penales o promiscuos municipales; c) establece un procedimiento el breve y sumario regulado por la ley 228 de 1995, cuya vigencia revivió para estos efectos, materia que luego fue declarada inconstitucional²⁰; d) prescribe como pena la multa, que va de los dos (2) hasta los ocho (8) salarios mínimos legales mensuales y lo determinante en su tasación es la condición o no de reincidente; e) afirma la proscripción de la privación de la libertad, salvo los casos en que no se cubra el valor de la multa en cuyo caso opera su conversión en arresto; y, f) el menor “contraventor”, a solicitud de sus padres o custodios, previa evaluación del defensor de familia, puede ser sometido a tratamiento de rehabilitación y desintoxicación a cargo del Estado (art. 9º).

Con posterioridad, la declarada inexecutable Ley 1153 de 2007²¹ o de “pequeñas causas”, convierte algunos delitos en contravenciones.

²⁰ Véase, Corte Constitucional, sentencia C-101 de 2004, Magistrado ponente, Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

²¹ Véase, *Diario Oficial* No. 46.706 de 31 de julio de 2007. El pretexto para la expedición de esta ley fue el colapso inminente del sistema judicial, por cuanto con la entrada en vigencia del “sistema acusatorio” inaugurado con la Ley 906 de 2004, las estadísticas de la Fiscalía demostraban que la investigación y la acusación se circunscribían a delitos de menor relevancia penal y de menor cuantía, con el consecuente represamiento y desatención de las conductas que afectaban en forma grave los bienes jurídicos más importantes.

En el asunto que interesa, esta normativa –en el capítulo de las contravenciones penales “contra la salud pública”–, reprodujo los tipos penales contravencionales de la ley 745 de 2002 antes descritas (artículos 31 y 32), al prescribir como penas tanto el trabajo a favor de la comunidad y la multa convertibles en arresto en caso de incumplimiento (art. 11) como el arresto ininterrumpido de 1 a 4 años, en los eventos en que el contraventor tuviere antecedentes penales o contravencionales (art. 12), penas privativas de la libertad que se cumplieran en los centros carcelarios y penitenciarios del INPEC. La investigación y el juzgamiento de todas las contravenciones se regía por un procedimiento expedito, breve y sumario, a manera de remedo del proceso acusatorio que, además, agravaba el cercenamiento de las garantías procesales para los supuestos de “flagrancia”. Pero lo más relevante, que fue también lo decisivo para la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, es que no obstante ser de índole penal todas las contravenciones allí reguladas, las funciones de indagación e investigación se le otorgaron a la Policía, con lo cual también se le dieron a ese organismo atribuciones para intervenir sobre la libertad y los derechos de los imputados, al facultarlo para ordenar la realización de allanamientos y registros, o la interceptación de llamadas y comunicaciones, previa autorización judicial del juez de pequeñas causas²².

Las leyes aquí descritas, reproducen la legislación de excepción que tuvo vigencia anteriormente²³ y su enfoque político criminal se

²² Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2008, Magistrado ponente, Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Es importante destacar que en la sentencia se cuestiona la estrategia, por sí recurrente en la política criminal del Estado, de jugar con los nombres, cambiando la denominación de delitos a contravenciones, dejando indemne el contenido punitivo, exclusivamente con la finalidad de cercenarle a los imputados, procesados y condenados, valiosas garantías procesales; allí se puede leer: “5.1 [...] En conclusión, si bien las pequeñas causas son llamadas formalmente contravenciones penales, desde el punto de vista material continúan teniendo todos los elementos de un delito, desde su descripción típica, pasando por el régimen de responsabilidad, hasta llegar a la pena misma, que puede ser privativa de la libertad. De tal manera que solo el nombre, no la sustancia permitiría diferenciar las “pequeñas causas penales” de los delitos. Es cierto que el legislador estimó que dichas pequeñas causas tenían menor grado de lesividad, pero esa apreciación no se tradujo en su despenalización ni en su sometimiento a un régimen distinto al delictual en cuanto a su descripción, responsabilidad y pena. /”5.2. Mientras una conducta sea materialmente delictual, el legislador debe respetar las competencias de la Fiscalía General de la Nación. A pesar de que las conductas definidas como pequeñas causas continúan siendo materia penal y tratadas como delitos, y que su sanción puede dar lugar a la privación de la libertad, la Ley 1153 de 2007 excluyó a la Fiscalía General de la Nación de la competencia para “la investigación de los hechos.” (ibid.).

²³ Véase, Decreto Ley 1108 de 1994, expedido al amparo de la Conmoción Interior.

prohija en iniciativas legislativas posteriores. Por ahora, se deben adelantar las observaciones más relevantes para la misma:

3.3.1. El consumo de drogas en el hogar o en los establecimientos educativos, tradicionalmente tratado por medio de instrumentos informales de control social, privados, preventivos, reintegradores, consensuados, no estigmatizantes, pasa a ser regulado por el sistema penal, que es reactivo, vertical, coactivo, altamente estigmatizante y que, además, aniquila la inserción social. En vez de investigar las fallas o limitaciones de los primeros y de diseñar e implementar políticas que promuevan su eficacia, se procede a inocularlos para en su reemplazo estimular la fuga del conflicto hacia el sistema penal que, bien se sabe, no tiene virtualidad de tratar de forma adecuada el conflicto sino que, incluso, con toda seguridad, busca agravarlo. Es más, de esta forma también la familia y los educadores, que podrían ser aliados en el proceso de rehabilitación cuando de dependencias se trate, terminan convertidos en informantes y delatores.

3.3.2. Se regula un vasto universo de sustancias, las “que produzcan dependencia”, lo cual a la vez que lesiona el principio de legalidad, termina criminalizando hasta las sustancias tradicionalmente legales, como el alcohol y el tabaco, que también “producen dependencia”. Lo mismo cabe afirmar de los lugares “aledaños a establecimientos educativos”, comprendidos dentro de la criminalización, cuya ambigüedad conceptual da pábulo a que el eficientismo policial termine comprendiendo todos los espacios públicos e, incluso, hasta los privados. Este peligro ha sido advertido con razón por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, en los términos siguientes:

Respecto del consumo y del pequeño tráfico, en lo que a la policía se refiere, es conveniente señalar que la “droga” es el más serio pretexto que se tiene para ejercer un poder de control social configurador o positivo (en términos foucaultianos). Merced a ese pretexto la policía puede realizar “riazas”, frecuentemente amparadas y legalizadas desde el poder judicial [...]. La droga es el pretexto para la intromisión de la policía en locales nocturnos, en la vida privada de las personas y, además, permite que agentes de la policía foráneos intervengan en sus procedimientos, haciéndolo constar incluso en las actas judiciales. El poder policial se halla potencializado [...] la “droga” surge en los últimos años como el principal pretexto para la intervención policial disciplinadora²⁴.

²⁴ ZAFFARONI, “Política criminal en materia de drogas en la República Argentina”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 54, pág. 461; también en DIEZ RIPOLLÉS/LAURENZO COPELLO (coord.): *La actual política criminal sobre drogas: comparada*, págs. 117-176. A la misma

3.3.3. Para aplacar las críticas de ilegitimidad, desproporción, inocuidad o el carácter contraproducente de las penas privativas de la libertad para estas conductas, se aduce que se privilegian sanciones como la multa y el trabajo a favor de la comunidad. Pero ello no es más que un artilugio de la retórica legal, porque la misma ley obliga a imponer pena privativa de la libertad en los supuestos de impago de la multa, que por su cuantía y por la selectividad del sistema, serán más que frecuentes, porque no cabe duda de que la judicialización recae fundamentalmente sobre grupos sociales marginados o excluidos, como los habitantes de la calle, los mendigos, los subempleados o jóvenes sin ingresos, cuyo grupo familiar tampoco puede concurrir a allanar su pago.

3.3.4. Y aunque también se aduce que existe preocupación por salvaguardar la garantías procesales, se prescribe para la investigación y el juzgamiento un procedimiento breve y sumario,²⁵ cuya pretensión es inhibir la contradicción probatoria, eliminar la investigación del contexto de la conducta, de las circunstancias subjetivas de la misma (dependencia, por ejemplo), dificultar el registro de la arbitrariedad policial e inocular la defensa integral, todo lo cual es la finalidad real de este tipo de procedimientos, como se ha podido verificar en todos los casos que se han previsto en la legislación procesal colombiana.

3.3.5. Finalmente, se configura en ambos casos, una policivización del proceso penal, al desplazar de la indagación, la investigación y de la acusación a la Fiscalía General de la Nación, para erigir como eje de dicha actividad procesal a la Policía nacional.

En conclusión, estamos en presencia de la estrategia nombrada por la doctrina penalística como “Estafa de etiquetas”, que con el pretexto de la imposición de penas blandas y de que se está en presencia de “pequeñas causas” o de meras contravenciones, se trata de legitimar

conclusión llegó la Comisión Latinoamericana de Drogas y Democracia, “Drogas y democracia en América Latina: hacia un cambio de paradigma”, en: <http://static.elespectador.com/archivos/2009/02/8c238757c07a0abcbf7ea1d3947213ca.doc> (consulta de junio 1° de 2009): “El problema presentado por la despenalización del consumo, manteniendo su criminalización, es que ella todavía otorga a la autoridad policial un alto poder discrecional. En países donde la corrupción de la fuerza policial es endémica, la criminalización puede ser utilizada para chantajear al usuario de drogas, práctica común en países de América Latina”.

²⁵ La remisión al procedimiento estipulado en la Ley 228 de 1995, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en la sentencia C-101 de 2004, con fundamento en que la remisión a esta ley ya derogada, comportaba una manifiesta violación al principio de legalidad en materia procesal.

un tratamiento al conflicto caracterizado por la transgresión de las garantías sustantivas y procesales, propias del modelo del Estado Constitucional de Derecho.

Pero ha sido el Gobierno de ÁLVARO URIBE VÉLEZ el que ha hecho del tema una bandera programática de su política. Por primera vez lo integra al referendo, posteriormente lo presenta en incontables oportunidades como proyecto de acto legislativo, y hoy cursa en el Congreso una iniciativa de reforma constitucional en esta materia. Las diversas reformas propuestas no han variado mucho en contenido, ni en su fundamentación. Vamos a tratar de manera breve dos por considerarlas representativas de este universo: en primer lugar, el referendo, y en segundo lugar, el proyecto de acto legislativo que actualmente cursa en el Congreso.

3.4. El Referendo: el pueblo convocado para construir las cadenas que cercenan sus libertades

En la propuesta inicial del referendo que presentara el Gobierno Nacional y que, posteriormente, se convirtió en la Ley 796 de 2003, no estaba incorporada ninguna pregunta relativa al narcotráfico o a la drogadicción, ello sólo aconteció mucho después cuando ya se habían realizado más de la mitad de las sesiones sobre el asunto en el Congreso de la República, circunstancia que luego fuera determinante para su declaratoria de inconstitucionalidad. Además, la solicitud para su incorporación no estuvo acompañada de ninguna justificación o análisis, pues se supuso que la pregunta por sí misma daba cuenta de manera suficiente de su justificación y validez. Finalmente, la cuestión propuesta por el Ejecutivo, no difirió en nada de la que se aprobó en el Congreso y que, luego, pasó a hacer parte de la pregunta 16 del referendo (Ley 796 de 2003), que quedó así:

“16. Contra el narcotráfico y la drogadicción

“PREGUNTA: Para proteger la sociedad colombiana, particularmente su infancia y su juventud, contra el uso de la cocaína, heroína, marihuana, bazuco, éxtasis y cualquier otro alucinógeno, ¿aprueba usted el siguiente artículo?

“Agrégase al artículo 16 de la Constitución Política, un segundo inciso del siguiente texto:

“Para promover y proteger el efectivo desarrollo de la personalidad, la ley castigará severamente la siembra, producción, distribución, porte o venta de sustancias alucinógenas o adictivas, como la cocaína, la heroína,

la marihuana, el éxtasis u otras similares, graduando las penas según las circunstancias en que se cometa la infracción. El Estado desarrollará una activa campaña de prevención contra la drogadicción, y de recuperación de los adictos, y sancionará, con penas distintas a la privación de la libertad, el consumo y porte de esos productos para uso personal, en la medida en que resulte aconsejable para garantizar los derechos individuales y colectivos, especialmente los de los niños y adolescentes”.

Son varias las observaciones que cabe hacerle a esta redacción:

3.4.1 Esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 551 de 2003, con fundamento en el carácter inductivo de la nota introductoria, y la carencia de adecuación o de causalidad entre la nota introductoria y el artículo a ser aprobado, por cuanto la penalización del porte y consumo de sustancias alucinógenas, antes que proteger a la infancia y a la juventud, según se dijo, “tiende a agravar la situación de los consumidores, en la medida en que los margina socialmente”. A la decisión de inexecutable contribuyeron también argumentos relacionados con la violación de aspectos procedimentales en la tramitación de la iniciativa y necesarios para su validez²⁶.

3.4.2 Las facultades para el castigo severo de la “siembra, producción, distribución, porte y venta de sustancias alucinógenas o adictivas”, y la punibilidad atendiendo a “las circunstancias en que se cometa la infracción”, obviamente no requerían una reforma constitucional; además, el exaceramiento punitivo que se pretendía con el referendo para las conductas relacionadas con el “narcotráfico”, ya se había

²⁶ Véase, Corte Constitucional, sentencia C- 551 de 2003, Magistrado ponente EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Los considerandos de la sentencia para declarar la inexecutable, fueron los siguientes: “304- Este tópico no hacía parte del proyecto originario, ya que fue introducido posteriormente por el Gobierno [...]

305- Como se explicó anteriormente, si el Gobierno incorpora en el curso de los debates de una ley de referendo temas constitucionales nuevos, que no tienen vínculos razonables con la materia del proyecto originario, el principio de publicidad es afectado, si dichos artículos, con su correspondiente exposición de motivos, no son publicados oficialmente antes de dársele curso en la comisión respectiva. En el presente caso, el proyecto original no incluía ningún numeral contra el narcotráfico y la drogadicción. Es claro además que este asunto no tiene ningún vínculo con la finalidad ni la materia de ese proyecto originario depositado por el Gobierno.

306- De otro lado, la Corte constata que este numeral [...], fue presentado por el Ministro de Gobierno el 2 de octubre de 2002, cuando ya se habían desarrollado más de la mitad de las sesiones que las comisiones permanentes de ambas cámaras dedicaron a debatir el referendo. [...]

307- Por todo lo anterior, la Corte concluye que el numeral contra el narcotráfico y la drogadicción vulneró el principio de publicidad, y será declarado inexecutable [...].”.

institucionalizado con la política criminal prolijada en el Código Penal recientemente puesto en vigencia.²⁷

Además, de plurales normas y principios de la Constitución de 1991²⁸ y de las leyes que regulan la materia,²⁹ se infiere de manera clara e indubitable la obligación a cargo del Estado de desarrollar campañas para “la prevención contra la drogadicción”, y de “recuperación de los adictos”³⁰. Lo que en realidad estaba –y está– en mora de hacer el Estado no es una reforma constitucional que consagre esa obligación a su cargo, sino el cumplimiento de la misma de manera efectiva.

3.4.3 De lo expresado se puede concluir que los apartes analizados del artículo no tenían otra finalidad que darle carta de presentación, de manera encubierta, a la propuesta real que era la criminalización de la dosis personal. Y la trampa se hace todavía más osada cuando la criminalización de los niños, adolescentes y jóvenes que consumen droga, se presenta como expresión benevolente del Estado, por cuanto se postula como la fórmula mágica que garantiza la protección de sus derechos “individuales y colectivos”. Resulta en verdad paradójico que el Estado para proteger estos sectores, especialmente vulnerables a convertirse en parte del “mercado” del tráfico de drogas, termine etiquetándolos como delincuentes y que repunte dicho trato como un favor que les hace en función de su propio bienestar.

²⁷ Se alude a la Ley 599 de 2000, por medio de la cual se expidió el Código Penal y que entró en vigencia el 24 julio de 2001 (Véase, *Diario Oficial* No 44.097 de 24 de julio del 2000). En materia de “narcotráfico” esta ley estableció la siguiente regulación: i) incrementó de uno a cuatro años las penas mínimas de prisión; ii) impuso penas máximas de prisión hasta de 40 años; iii) la pena de multa la incrementó hasta de 50.000 SMLMV; iv) la conducta de suministro que tenía como destinatario a un menor, se castigaba con penas de prisión de 6 a 12 años prisión; y, v) se duplicaron los mínimos para diversas circunstancias: cuando la conducta se realizaba valiéndose menor o de persona habituada, o se llevaba a cabo en centros educación, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, cárceles, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones o en sitios aledaños a los anteriores.

²⁸ Véase, Constitución Política de Colombia, preámbulo, artículos 1, 2, 13, 44, 46, 47, 48, 49, entre otros.

²⁹ Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 46 (*Diario Oficial* No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006); Ley 100 de 1993, que regula el sistema de seguridad social integral, artículos 153-3 y 162 (*Diario Oficial* No. 41.148, del 23 de diciembre de 1993).

³⁰ Véase, Corte Constitucional, sentencias T-696 de 2001, Magistrado ponente, ÁLVARO TAFUR GALVIS y T-684 de 2002, Magistrado ponente, MARCO GERARDO MONROY CABRA, en las cuales se reconoce que la drogadicción crónica, por la debilidad psíquica que la acompaña, merece una especial atención por parte del Estado, en virtud del artículo 47 constitucional que contempla que, “el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

3.4.4. La forma como se introdujo el tema en el referendo permite acercarnos a otra finalidad encubierta o latente de la norma analizada. Para nadie es un secreto que el uso y el abuso de drogas “ilegales” de los niños, adolescentes y jóvenes son fenómenos identificados como conflictos graves por muchas personas, que reclaman una política de Estado respecto de ellos. Esta circunstancia hacía previsible que el incluir el tema en el debate del referendo motivaría la participación de muchos electores en el mismo, lo cual incrementaba las posibilidades de su aprobación que era una especial preocupación de sus impulsores. La Corte Constitucional, sin embargo, se percató de esto y así lo dejó consignado en la sentencia:

Del mismo modo, es plebiscitaria también en la Ley 796 de 2003 la pregunta número 16 también declarada inexecutable por la Corte, con la que se persigue atraer a los votantes para respaldar con su voto una posición de Gobierno en relación con el combate a la drogradicción, norma esta que resulta no sólo extraña a las demás preguntas del referendo sino, además, claramente dirigida a concitar una opinión favorable a una política determinada, que, al propio tiempo, sirva como señuelo para atraer votantes. Es pues claro su carácter plebiscitario y el propósito que la anima. Es esta una de las razones que sobre esa pregunta nos llevaron a votar su inexecutableidad³¹.

3.4.5. De todos los temas tratados en el referendo, debe mencionarse otro que guarda relación estrecha con el aquí analizado. Y es el que se presentó como “reducción del Congreso”, que correspondía al párrafo del numeral 6° del artículo 1°, presentado como reforma del artículo 176 de la Constitución de 1991, cuyo tenor era el siguiente:

Parágrafo. Con el fin de facilitar la reincorporación a la vida civil de los grupos armados al margen de la ley que se encuentren vinculados decididamente a un proceso de paz bajo la dirección del Gobierno, éste podrá establecer, por una sola vez, circunscripciones especiales de paz para las elecciones a corporaciones públicas que se realicen antes del 7 de agosto del año 2006, o nombrar directamente por una sola vez, un número plural de Congresistas, Diputados y Concejales en representación de los mencionados grupos en proceso de paz y desmovilizados.

El número será establecido por el Gobierno Nacional, según la valoración que haga de las circunstancias y del avance del proceso. Los nombres de los Congresistas, Diputados y Concejales a que se refiere este artículo serán convenidos entre el Gobierno y los grupos armados y su designación corresponderá al Presidente de la República.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C- 551 de 2003, Op.cit.

Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno podrá no tener en cuenta determinadas inhabilidades y requisitos necesarios para ser Congresista Diputado y Concejal.

Por las condiciones establecidas en la norma, los únicos actores armados que podrían beneficiarse con ella eran los paramilitares, articulados en las autodenominadas “Autodefensas Unidas de Colombia” –AUC–. La intención era otorgarle a los paramilitares, por la vía de la democracia directa, el status de delincuentes políticos, y correlativo a ello, el permitirles el acceso a corporaciones de elección popular, una de las reivindicaciones que sus líderes reclamaban como contraprestación a los “valiosos servicios” prestados al país. Así mismo, aprovechar el caudal político que tenían, gracias al control territorial, poblacional, económico y político que habían logrado por medio del exterminio de la oposición política, del desplazamiento forzado, de la apropiación de la tierra y de otros bienes de los desplazados, del clientelismo armado, la coerción, y otros mecanismos.

Lo paradójico, y eso debe destacarse, es que para ese momento no había duda de que este actor armado había tenido en el narcotráfico un factor importante de su poder económico³² y mientras con el referendo se le premiaba equiparando sus crímenes con la categoría del delito político, reputando el narcotráfico como delito conexo y con el acceso a los cargos de representación popular, de otro lado, se criminalizaban las personas vulnerables al mercado por ellos construido, esto es, los consumidores y los dependientes de las drogas ilícitas³³.

³² Como vinieron a reconocerlos las versiones libres de todos sus integrantes, incluyendo sus máximos líderes. Así mismo, las investigaciones judiciales y todos los estudios e investigaciones regionales y del orden nacional, que tienen como objeto las dinámicas bélicas del paramilitarismo en Colombia.

³³ Se debe aclarar que este específico parágrafo fue declarado inconstitucional, lo cual determinó que no hiciera parte del referendo finalmente sometido a votación de los electores. Véase, Corte Constitucional, sentencia C- 551 de 2003, magistrado ponente, EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Una de las tantas razones expresadas para la declaratoria de inexequibilidad, fue que este concreto asunto era propio de un plebiscito, no así de un referendo: “De tal suerte que si al Pueblo se convoca al primero y en realidad se trata del segundo, esa manipulación de los ciudadanos constituye un fraude a la Constitución y un engaño a la ciudadanía que asiste a un acto diferente a aquél para el cual en apariencia se le convoca”.

3.5. El Proyecto de Acto Legislativo: otro intento de hegemonía del punitivismo.

El fracaso de la vía de la democracia directa a través del referendo para reformar la Constitución con el fin de dar cobijo a la criminalización del consumo de drogas, motivó al Gobierno Nacional en cabeza del Señor Presidente ÁLVARO URIBE VÉLEZ a intentarla a través del Congreso, camino que se reputaba expedito por cuanto la mayoría de los grupos políticos allí existentes han dado muestras suficientes de identificarse con sus programas. Por tal razón, en múltiples ocasiones se presentaron iniciativas de Actos Legislativos que pretendían dar aval constitucional a la criminalización explícita, directa y sin camuflajes, del consumo y el porte para el consumo de drogas ilegales. Todas estas tentativas fracasaron, teniendo incluso el rechazo de importantes integrantes de los partidos aliados al mismo Gobierno.

La circunstancia anterior hizo variar la estrategia empleada, fruto de lo cual fue la presentación por parte del Gobierno Nacional de un Proyecto de Acto Legislativo con el mismo fin³⁴, pero con una nueva retórica: la pena para los consumidores y los adictos no es la cárcel, tiene un carácter terapéutico y se ejercita en su propio bien, un discurso que se reputa suficiente para conjurar las críticas sobre la legitimidad y la conveniencia de la iniciativa.

Dada la importancia de la propuesta, que por lo trasegado tiene mucha viabilidad de fructificar, es necesario abordar varios asuntos respecto de la misma: la legitimidad ética y política de los argumentos que se han aducido para su justificación; la legitimidad del órgano escogido para tramitarla, el actual Congreso de la República; la capacidad administrativa para judicializar los casos; y las razones políticas que subyacen a esta propuesta.

3.5.1. Una “nueva” legitimación del derecho penal: la “invención” de una “pena terapéutica”.

Para el análisis de la legitimidad ética y política de los argumentos que se han aducido, se comienza con los términos concretos de la justificación del Proyecto:

³⁴ El Proyecto fue presentado a la Cámara de Representantes por los Ministros del Interior y de Justicia, FABIO VALENCIA COSSIO y de Protección Social, DIEGO PALACIO BETANCOURT, “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”. Véase, http://prensa.camara.gov.co/camara/site/artic/20070730/asocfile/p_a_1_285_2009c_dosis_minima_1.doc (consulta del 15 mayo de 2009).

El porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas está prohibido. Con fines preventivos y rehabilitadores, la ley establecerá medidas con carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico para quienes consuman dichas sustancias. Por decisión de una instancia conformada por el sector salud y la rama judicial, estas medidas podrán estar acompañadas de limitaciones temporales al derecho a la libertad, y se harán efectivas en instituciones adaptadas para los fines propios de la prevención y la rehabilitación. Las limitaciones a la libertad que se llegaren a imponer, no implicarán de suyo la aplicación de penas de reclusión en establecimientos carcelarios.

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.

De esta propuesta, interesa por ahora destacar los siguientes elementos: regula todos los supuestos de consumo, incluyendo el recreativo, el ocasional y el que es consecuencia de la dependencia a la droga; prescribe intervenciones coactivas sobre la libertad ambulatoria, pero se corre a aclarar que no se trata de “penas de reclusión en establecimientos carcelarios”, sino de medidas terapéuticas o profilácticas, que se harán efectivas en “instituciones adaptadas para la prevención y rehabilitación”; asume que el consumo está asociado a un asunto de “valores y principios”, lo cual se resuelve por medio de campañas institucionales de prevención; el Estado benefactor fluye en toda la argumentación legitimatoria. La iniciativa la inspiran, definitivamente, fines nobles, solidarios, altruistas y democráticos: de un lado, “la protección a la salud de la persona, como derecho constitucional fundamental de ésta”, y, del otro, “hacer efectiva la obligación a cargo del Estado de adoptar las acciones y medidas necesarias para garantizar la protección y la recuperación de la salud de las personas”.

Las observaciones críticas a este discurso, en sus aspectos centrales, se pueden sintetizar en los siguientes enunciados:

3.5.1.1. Es el colmo que se afirme que la criminalización del consumo de drogas se fundamente en las obligaciones constitucionales que le conciernen al Estado para la tutela real y efectiva de la salud pública. Esta obligación está prescrita, de manera clara e indubitable, en innumerables disposiciones de la constitución política y es desarrollada en decenas de leyes y decretos, por lo que para hacer efectivo este derecho no basta sino voluntad política, esto es, de programas, recursos y ejecutorias. Pero lo paradójico es que no

hace mucho se adujo para justificar la criminalización del conflicto, el no estar en capacidad de asumir los costos de un enfoque de salud pública para este³⁵. Por estas razones se puede concluir que el argumento de la reforma constitucional para cumplir con este fin, no deja de ser un argumento falaz esgrimido por un Estado supuestamente preocupado por la salud de sus habitantes.

3.5.1.2. Toda intervención coactiva sobre la libertad de las personas, impuesta jurisdiccionalmente, con fundamento en una conducta “prohibida”, es una sanción penal, y sigue siéndolo así la misma se revista de buenas o nobles intenciones, esto es, de fines terapéuticos, pedagógicos o profilácticos. Incluso la historia de los sistemas punitivos ha demostrado que el revestimiento de la pena con fines angelicales, paternales, ha sido el recurso para agredir las garantías sustantivas y procesales, y, con el pretexto de tratos especiales, entronizar la discriminación y la flexibilización de los límites al sistema penal.

Y esto es precisamente lo que acontece con la proyectada regulación en comento, por cuanto con el pretexto terapéutico se impone la privación de la libertad hasta alcanzar la “rehabilitación”, que es lo que parece sugerir la iniciativa gubernamental, entronizando con ello penas indeterminadas. Y, aunque para la tranquilidad de todos se dice que la privación de la libertad no comporta “la aplicación de penas de reclusión en establecimientos carcelarios”, la historia de las medidas de seguridad para los inimputables³⁶, la de los sitios especiales de reclusión para los indígenas prescritos por el código carcelario³⁷, entre muchos otros casos, confieren la certidumbre de que por razones políticas y fiscales, se adaptarán para la “rehabilitación” de los simples consumidores y los adictos, patios especiales en las cárceles del país, que se caracterizarán por presentar las condiciones de mayor indignidad.

³⁵ FERNANDO LONDOÑO HOYOS, en su condición de Ministro del Interior y de Justicia, declaró: “En Colombia está permitido el consumo de drogas. Afrontemos el tema y pensemos si la sociedad colombiana está en capacidad de desarrollar métodos preventivos, clínicos y psicológicos para impedir que su juventud se envenene”. Véase: http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2002/octubre/01/11102002.htm (Consulta del 20 junio de 2009).

³⁶ Véase, ESCOBAR MEJÍA, *Conceptos Fiscales*, segunda parte, capítulo I, Súplica por los locos, págs. 179 y ss.

³⁷ Véase: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia. Misión Internacional de Derechos Humanos y Situación Carcelaria, *Informe: Centros de reclusión en Colombia: Un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos*, Bogotá, 31 de octubre de 2001; Defensoría del Pueblo, *Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC*, Bogotá, s.f., en: http://www.defensoria.org.co/pdf/informes/informe_119.pdf (consulta de abril 8 de 2009).

3.5.1.3. La alusión a que el consumo o la adición a las drogas son un problema cuyo origen se circunscribe a la ausencia de valores y principios morales, testimonia un sesgo en la interpretación del conflicto, que denotan la incompetencia de los agentes políticos que promueven la iniciativa. Y ello por varias razones:

La primera, porque no existe duda de que si de salud pública se trata, las drogas legales (por ejemplo, el alcohol, el tabaco), tienen mayores índices de consumo y de abuso³⁸ y, además, con mayor incidencia que las ilegales en las tasas de morbi-mortalidad y en los accidentes fatales. Y, si de salud pública se trata, hasta el agua que se consume en Colombia, ese líquido esencial para la vida humana y que se supone inofensivo, mata y enferma más que las drogas ilegales³⁹. Y, lo significativo, es que esta iniciativa de reforma constitucional no las comprendió e, incluso, las que se presentaron después, como el “Referendo por el Derecho Humano al Agua Potable”, fueron claramente entorpecidas⁴⁰. Este sesgo en las “preocupaciones” por la salud pública, para lo cual se puede uno servir de unos pocos ejemplos de los muchos posibles, permite ratificar que las intenciones benefactoras no son otra cosa que una

³⁸ Véase, República de Colombia. Ministerio de Protección Social, et. al., *Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Hogares 2008*, en: <http://odc.dne.gov.co/IMG/pdf/BoletinEnLinea21DNE.pdf> (consulta del 15 junio de 2009). En este estudio, en cuanto al alcohol, el análisis de la encuesta arrojó que 2,4 millones de colombianos (12,2%) está en lo que se llama “consumo problemático”; y, respecto al tabaco, al menos 3.3 millones (45%), fuman.

³⁹ Un estudio de la Defensoría del Pueblo, en el cual se analizaron 952 cabeceras municipales de los 1.099 municipios del país, excluyendo a Bogotá, concluyó que, “En Colombia, el 79 por ciento de las cabeceras municipales no cuenta con agua apta para el consumo humano, es decir, que 748 municipios con 13 millones de habitantes reciben líquido de mala calidad”. Defensoría del Pueblo, “Tercer Diagnóstico sobre la calidad del agua para consumo humano”, Bogotá, D.C., Octubre 7 de 2007, en: http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/informe_136.pdf (consulta de enero 20 de 2009).

⁴⁰ El Referendo por el Derecho Humano al Agua Potable, logró reunir la firma de más de dos (2) millones de colombianos y entre sus propuestas se encuentran las siguientes: el agua potable como derecho fundamental; el agua como bien común y público; el uso prioritario de los ecosistemas esenciales al ciclo del agua para este fin; la prohibición de privatizar la gestión del agua y de los servicios de acueducto y alcantarillado; el derecho a un mínimo vital gratuito; el agua como parte integrante de los territorios indígenas. En el primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, el referendo sufrió tal grado de mutilaciones y deformaciones, que desnaturalizó la propuesta avalada por los firmantes. En ello tuvo un papel protagónico el Gobierno, cuya política tiene como ejes la privatización de los recursos naturales y la mercantilización de los servicios públicos, atractivos para lograr la firma del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y atraer la inversión extranjera. Para la crítica a la manipulación que se ha hecho de este referendo, véase: COLMENARES: “El referendo que usted no firmó”, en *Semana Virtual Caja de Herramientas*, N° 156.

mascarada para legitimar ante el país la obsesión punitiva respecto de las drogas que el sistema ha ilegalizado.

Además, el estigma que se pretende reforzar al criminalizar el uso de las sustancias “ilegales”, es funcional al proceso de legitimación de las drogas legales, que constituyen un lucrativo negocio para poderosos grupos económicos, incluso multinacionales⁴¹ y, al mismo Estado, en el caso del alcohol⁴². No sobra, entonces, recordar lo que hace varias décadas expresó MICHEL FOUCAULT, sobre el fin de los castigos, con lo cual el problema no sería tanto suprimir los ilegalismos sino administrarlos, institucionalizando un trato diferenciado para los mismos, según su “economía” general:

[..] la prisión, y de una manera general los castigos, no están destinados a suprimir las infracciones; sino más bien a distinguirlas, a distribuirlas, a utilizarlas; que tienden no tanto a volver dóciles a quienes están dispuestos a transgredir las leyes, sino que tienden a organizar la trasgresión de las leyes en una táctica general de sometimientos. La penalidad sería entonces una manera de administrar los ilegalismos, de trazar límites de tolerancia, de dar cierto campo de libertad a algunos, y hacer presión sobre otros, de excluir a una parte y hacer útil a otra; de neutralizar a éstos, de sacar provecho de aquellos. En suma, la penalidad no “reprimiría” pura y simplemente los ilegalismos; los “diferenciaría”, aseguraría su “economía” general. Y si se puede hablar de una justicia de clase no es sólo porque la ley misma o la manera de aplicarla sirvan los intereses de una clase, es porque toda la gestión diferencial de los ilegalismos por la mediación de la penalidad forma parte de esos mecanismos de dominación. Hay que reintegrar los castigos legales a su lugar dentro de una estrategia legal de los ilegalismos⁴³.

En iguales términos lo hace THOMAS SZASZ, cuando refiere que un derecho penal, que se identifica con la dinámica bélica, comienza por definir los amigos y enemigos, para correlativamente legitimar la conducta de los primeros, y estigmatizar y degradar la de los “otros”:

⁴¹ Véase el magistral estudio de SANDOVAL HUERTAS, pionero en Colombia sobre el tema, “El “Dumping” de productos farmacéuticos”, en *Derecho Penal y Criminología*, págs. 275-300. Véase, también: SAAVEDRA ROJAS, “Fármacos y estupefacientes: Política y moral”, págs. 61-117; DEL OLMO, “Drogas: Distorsiones y realidades”, en *Revista Nueva Sociedad*, N° 102, págs. 81-93; de la misma, *¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1992.

⁴² Véase LONDOÑO BERRÍO, “La problemática de la droga en Colombia”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 47, págs. 7-44.

⁴³ FOUCAULT, *Vigilar y Castigar*, págs. 277-278.

Al igual que la guerra contra la herejía, era una guerra por la fe ‘verdadera’, la guerra contra la el abuso de drogas es en realidad una guerra por el ‘fiel’ consumo de drogas: oculta tras la guerra contra la marihuana y la heroína está la guerra a favor del tabaco y el alcohol; y, en general, oculta tras la guerra contra el uso de drogas censuradas política y médicamente, está la guerra favorable al uso de las drogas aprobadas política y médicamente⁴⁴.

La segunda razón para cuestionar el argumento según el cual el problema del consumo de drogas “ilegales” es de valores, es que olvida como muchos grupos sociales, culturales, étnicos o generacionales, privilegian algunas sustancias como expresión espiritual, lúdica, recreativa e incluso evasiva, y, además, puede acontecer que a otros grupos o generaciones les resulten intolerantes, lo cual no legitima a estos últimos, ni siquiera cuando son mayoría, a degradar, estigmatizar y mucho menos a criminalizar a los otros, por cuanto con ello se haría tabula rasa con el pluralismo étnico y cultural.

Es pertinente, respecto de este problema, traer al debate a uno de los clásicos del liberalismo, el filósofo inglés JOHN STUART MILL, cuando confronta de manera radical la legitimidad ética y política de las mayorías, para regular la conducta humana cuyas consecuencias tienen exclusiva repercusión en las personas que las realizan:

Pero el argumento más fuerte contra la intervención del público en la conducta personal es que, cuando él interviene, lo hace inadecuadamente y fuera de lugar [...] la opinión de una tal mayoría impuesta como ley a la minoría, cuando se trata de la conducta personal, lo mismo puede ser errónea que justa; pues en tales casos, “opinión pública” significa, lo más, la opinión de unos cuantos sobre lo que es bueno o malo para otros; y, muy a menudo, ni siquiera eso significa, pasando el público con la más perfecta indiferencia por encima del placer o la conveniencia de aquellos cuya conducta censura, no atendiendo más que a su exclusiva inclinación. Existen muchas personas que consideran como una ofensa cualquier conducta que no les place, teniéndola por un ultraje a sus sentimientos; como aquel fanático que, acusado de tratar con demasiado desprecio los sentimientos religiosos de los demás, respondía que eran ellos los que trataban los suyos con desprecio al persistir en sus abominables creencias⁴⁵.

⁴⁴ SZASZ, *Droga y ritual*, pág. 234. Sobre la discriminación entre drogas, como asunto atravesado por relaciones de poder en el contexto internacional, véase: DIEZ RIPOLLÉS, *Estudios Penales*, Vol. 3, págs. 790-791, donde el autor concluye que, “La cuestionable distinción entre drogas legales e ilegales ha pasado a convertirse en una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos: Se obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas conaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental mientras se fomenta el consumo de las drogas propias de esta última”. El reciente debate suscitado con motivo del hallazgo de cocaína en la bebida energizante Red Bull, que los productores califican de “coca descocainizada”, es ilustrativo del tema. Véase, GUEVARA, “¿Por qué la coca de mi Red Bull sí es legal?”.

⁴⁵ STUART MILL, *Sobre la libertad*, pág. 96.

La tercera, y tal vez la más importante, es que circunscribir los casos de dependencia a las drogas como un problema moral, oculta, encubre y minimiza variables que tienen el real peso en el origen del conflicto, como por ejemplo la exclusión, la marginalidad, la discriminación, la violencia, la ruptura del tejido social, la frustración de expectativas en sociedades construidas sobre los ejes de la competencia, la productividad y la insolidaridad, que los usufructuarios del sistema político y económico quieren ocultar por su responsabilidad en este tipo de situaciones.

3.5.1.4. El Proyecto propone una práctica “terapéutica” coactiva, violenta, con lo cual se aniquila una garantía que es columna vertebral de un Estado democrático, esto es, el derecho del enfermo o paciente a ser debidamente informado y a decidir, con absoluta autonomía, si se somete o no al tratamiento. La iniciativa, pues, olvida que si alguna certidumbre tiene cualquier profesional de la salud respecto a las adicciones, es que la terapéutica, cualquiera que sea su naturaleza, tiene como condición sine qua non de eficacia, la asunción voluntaria de la persona que se pretende curar, rehabilitar o desintoxicar.

3.5.2. El principio de subsidiariedad: ¿sin alternativas a la criminalización?

En el Estado constitucional de derecho, existen plurales límites político-jurídicos, que condicionan la validez de la ley penal: uno de ellos, es que la conducta criminalizada, transgrede o amenace los derechos humanos, lo cual es recogido en el enfoque dogmático que concibe el bien jurídico en su función limitadora⁴⁶. Otra importante limitación viene del principio de idoneidad, conforme al cual la respuesta punitiva tiene la carga probatoria de demostrar que es idónea para ejercer una tutela eficaz de los bienes jurídicos que dice proteger⁴⁷. Incluso, acreditada dicha idoneidad, ello no es suficiente,

⁴⁶ Véase, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La legislación colombiana en materia de estupefacientes”, Op. cit., pág. 24, quien al referirse al consumo y al porte de droga para el propio consumo, considera que tal conducta no debe ser criminalizada, porque, “[...] es evidente la ausencia de lesividad para el bien jurídico tutelado. Patrocinar la punición de quien se autointoxica, de una conducta inocua es, como se ha dicho, propiciar un vulgar derecho penal de autor de corte peligrorista y autoritario, antiliberal y ajeno a nuestro sistema constitucional y legal”.

⁴⁷ Véase, FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, págs. 179-180, donde este jurista expresa un juicio categórico de deslegitimación del derecho penal para regular el consumo de estupefacientes y otras sustancias que generan dependencia, con fundamento tanto en su inutilidad, su carácter contraproducente para prevenir la violencia, como en la confusión ilegítima del derecho con la moral: “El orden represivo en el que

porque además es obligado demostrar que la respuesta penal es insustituible, esto es, que no existen otros modos no penales de intervención que tengan aptitud y representen menos costo social, para responder a las situaciones problemáticas. Esta exigencia es recogida por la dogmática penal, en el principio de subsidiariedad⁴⁸.

Conforme al mismo, resulta perentorio preguntarse si el Estado colombiano ha acometido siquiera una investigación científica e interdisciplinaria que explique las variables, las causas, las razones que motivan o favorecen el uso de drogas que generan dependencia –lícitas e ilícitas–, atendiendo a las especificidades de la población de nuestro país que las consume, por regiones, culturas, etnias, grupos éteos, clases sociales, etcétera. La respuesta es que dicho estudio es inexistente; desde luego, sin contar con un saber sociopolítico, económico y antropológico sobre esta concreta materia, resulta imposible tener una comprensión cabal del conflicto y, correlativo a ello, diseñar y construir políticas que de manera eficaz ejerzan una intervención o regulación sobre éste, en los eventos en que sus formas de uso se han convertido en un problema de salud pública.

Para paliar estas falencias el Proyecto del Gobierno acude, como ya se analizó, a reducir el consumo y la dependencia de las drogas a un problema de valores y principios morales. Y no sobra insistir que el consumo de drogas, incluso el de las ilícitas, no afecta en muchos

prohibiciones y penas se entrelazan constituye una organización de la violencia inútil frente al consumo de estupefacientes y otras sustancias tóxicas. Inútil, porque resulta inidóneo para impedirlo o, al menos, reducirlo de manera significativa: las toxicomanías, al igual que otros comportamientos perseguidos en el pasado como el aborto, el adulterio o el concubinato, encuentran sus raíces en profundas motivaciones de carácter psicológico o social, frente a las cuales la eficacia de la pena es mínima, por no decir nula. Lo expuesto hasta aquí nos advierte que una ley penalizadora [...] únicamente produciría más violencia: por un lado, la propia violencia que lleva implícita la pena, del todo ineficaz, si lo que se busca es la prevención; y, por otro, la violencia inherente a la mayor clandestinización del uso de la droga y la ulterior marginación social del toxicómano. [...] En ambos casos, la intervención penal es un signo de confusión entre el derecho y la moral, ya que tales medidas no gozan de idoneidad para tutelar los bienes jurídicos que pretenden y así no se consigue la desaparición, sino la clandestinización de esas conductas no deseadas, esto es, que su justificación se reduce únicamente a ese ocultamiento de lo que se quiere evitar (se esconde, no desaparece), contrario a las funciones tutelares del derecho penal, en aras de la afirmación simbólica de un principio o de un valor “moral”.

⁴⁸ Véase: BARATTA, “Principios del derecho penal mínimo”, en *Criminología y sistema penal*, pág. 310; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, págs. 83-87; Díez RIPOLLÉS, *Estudios Penales y de Política Criminal*, Vol. 5, págs. 837-838; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, vol. I, pág. 66 y ss.; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 464 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, pág. 65.

casos ni siquiera la salud personal o las relaciones familiares o sociales. Es expresión lúdica absolutamente legítima y el status de “problema” para estos casos es una construcción social atravesada por autoritarismos, razones políticas y económicas, cuando no el desprecio por la pluralidad cultural.

El criterio para decidir de manera definitiva los ámbitos problemáticos es la salud pública, de allí que cuando la naturaleza de las sustancias o los hábitos culturales de consumo generen un riesgo para ella, las políticas públicas han de favorecer la prevención, especialmente de sectores vulnerables (por ejemplo, los niños), y garantizar soluciones para las personas que se han convertido dependientes, y, como consecuencia de ello, ven restringidas sus oportunidades sociales, culturales, laborales y en peligro su salud personal. Cualquiera que haya trabajado en este campo, tiene presente que la terapéutica involucra incidir en la transformación de las relaciones en los ámbitos que son el contexto vivencial de la persona, como el familiar (v. gr. violencia intrafamiliar, el abuso sexual, la ruptura de los vínculos afectivos, etcétera), el escolar (el acceso a la educación, la discriminación) el laboral (el trabajo infantil, la precariedad del trabajo, el desempleo, el subempleo), el comunitario (el desplazamiento forzado, la discriminación por opciones sexuales, por razones étnicas). La persona que ha construido una dependencia a las drogas, en términos antropológicos, es un ser social que como todos está en constante lucha por el reconocimiento, el respeto a su dignidad, oportunidades de participación en diversos tipos de relaciones sociales. Son los conflictos surgidos en estos escenarios, que no tienen un desarrollo satisfactorio para la persona, los que favorecen que el uso de drogas pueda convertirse en una vulnerabilidad, e incluso, en enfermedad crónica. En palabras de PIERRE BOURDIEU, esta violencia estructural tiene un precio en la vida cotidiana, más allá de lo que los poderes beneficiarios de ella, están dispuestos a reconocer:

No se puede bromear con la Ley de la conservación de la violencia: toda violencia se paga y, por ejemplo, la violencia estructural que ejercen los mercados financieros, en forma de despidos, precariedad laboral, etcétera, tiene su contrapartida, más pronto o más tarde, en forma de suicidios, delincuencia, crímenes, droga, alcoholismo y pequeñas o grandes violencias cotidianas⁴⁹.

⁴⁹ BOURDIEU, *Contrafuegos*, pág. 58.

Lo mínimo que debería esperarse del sistema general de seguridad social, es que disponga de programas de tratamiento integral y facilite su acceso, a los dependientes de diversas sustancias psicoactivas que desean salir de esa situación. Sintomático de la falta de voluntad política en esta materia, es registrar que el tratamiento integral y continuado para las adicciones, tenga que ventilarse por vía de tutela, por no encontrarse comprendido de manera clara y sin dubitación alguna en el Plan Obligatorio de Salud (POS), a pesar de que estas constituyen, según la Organización Mundial de la Salud, una enfermedad crónica. De allí la importancia que la Corte Constitucional, tomando cartas en el asunto, haya asumido que la dependencia a las drogas afecta la vida y la dignidad de las personas, por limitar sus oportunidades y proyectos esenciales, y en consecuencia, obligue a que sean atendidos por el Sistema Integral de la Seguridad Social, a través de las Empresas Promotoras de Salud de los sistemas contributivo y subsidiado o mediante instituciones públicas o privadas que tengan convenio con el Estado, y que el tratamiento sea integral y continuado, hasta la hospitalización en centros especializados, cuando el paciente, por su particular condición, lo amerite⁵⁰.

De allí que el Gobierno Nacional en vez de andar impulsando referendos o actos legislativos –que tanto dinero le cuestan al erario–, debería regular como parte del Plan Obligatorio de Salud (POS) el tratamiento integral de los adictos, incluyendo el internamiento en centros especializados cuando el caso así lo amerite, confirmando claridad sobre este derecho. La resistencia para diseñar y ejecutar

⁵⁰ Véase, Corte Constitucional, sentencias T-684 de 2002, Magistrado ponente, MARCO GERARDO MONROY CABRA y T-814/08, Magistrado ponente, RODRIGO ESCOBAR GIL. En este último fallo se concluye que, “[...] quien sufre de farmacodependencia es un sujeto de especial protección estatal, pues a la luz de la Carta Política y de la jurisprudencia constitucional, se trata de una persona que padece una enfermedad que afecta su autonomía y autodeterminación, pone en riesgo su integridad personal y perturba su convivencia familiar, laboral y social. Así las cosas la atención en salud que se requiera para tratar efectivamente un problema de drogadicción crónica, debe ser atendida por el Sistema integral de seguridad social en salud, bien a través de las empresas promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado o mediante instituciones públicas o privadas que tengan convenio con el Estado”. Esta decisión, no tuvo un buen recibimiento por parte de las EPS, por cuanto Juan Manuel Díaz-Granados, el presidente de Acemi, que las representa, expresó lo siguiente sobre dicho fallo: “Las EPS son claras en decir que lo que no está en el POS es de responsabilidad del Estado. Lo que está es la atención de urgencias en momentos de crisis para estos casos. El POS judicial, como se le llama, es infinito”. *El Tiempo*, “EPS deben cubrir tratamientos de adictos que no tienen cómo pagarlos: Corte Constitucional”, 19 de octubre de 2008.

una política pública en este sentido, probablemente obedezca al temor de afectar las pingües utilidades de los empresarios de la salud, sector caro al Señor Presidente URIBE VÉLEZ, protagonista de las leyes de privatización de la seguridad social cuando tuvo la condición de Senador de la República.

Y para solo tratar un grupo poblacional, como el de los niños y los jóvenes, una política de prevención de la drogadicción debe comenzar por garantizarles la plenitud de sus derechos, desde la personalidad, la familia, la alimentación, la educación, la sana recreación, el acceso a la cultura, entre otros. Las estadísticas de violencias en su contra – intrafamiliar, sexual–, de pobreza y miseria⁵¹, de deserción escolar, de trabajo infantil⁵², su representación en las cifras del desplazamiento forzado, para solo mencionar unas pocas variables, indican que no existe seguridad para sus derechos. Tales circunstancias los hacen vulnerables no solo al consumo de drogas –que termina siendo un mal menor–, sino también a ser instrumentalizados por las redes de prostitución, del narcotráfico, carne de cañón de todos los ejércitos⁵³,

⁵¹ Cfr. ESPITIA, “La exclusión de los jóvenes en Colombia”, en *Semanario Virtual Caja de herramientas*, N° 164. Sobre la base de que la juventud comprende el grupo etéreo entre 15 y 30 años, y a partir de los datos de la Gran Encuesta Integrada de Hogares del Dane, en este estudio se concluye lo siguiente: En 2007, 27% del total de jóvenes estaba por fuera del mercado de trabajo y del sistema educativo. En diciembre de 2008, este valor ascendió al 35%, esto es, 5'200.000 jóvenes. Como no perciben ingresos o este es esporádico, “muchos de ellos no logran iniciar su vida laboral, con lo cual no adquieren experiencia ni capacidad productiva, quedando así en un ciclo virtuoso de reproducción de la pobreza”. Cerca de 5'300.000 personas de la Población Económicamente Activa es pobre, y, de ese total, el 45% es joven. Y concluye el autor que, “dado que los jóvenes afianzan su crecimiento personal y de autoestima durante esta etapa de la vida, el hecho adverso de la exclusión social puede contribuir a truncar dichos procesos, generando problemas psíquicos y de comportamiento social que entre otras, se ven reflejados en los indicadores de delincuencia, criminalidad y destrucción del capital social, fenómenos que suelen ser atacados, ingenuamente, mediante políticas públicas de corte punitivo que en nada contribuyen con la resolución del problema, en lugar de diseñar mecanismos que aseguren la movilidad social y el desarrollo integral de los jóvenes, como mecanismos expeditos que permitan ser incluidos dentro de un contexto social democrático”.

⁵² “Según la OIT, en Colombia hay por lo menos 1.058.810 menores de edad (entre 5 y 17 años) laborando en condiciones que vulneran sus derechos, los alejan de la escuela y los exponen a múltiples riesgos para su integridad. A ellos se suman otros 961.507 que desempeñan labores domésticas en jornadas extenuantes, con similares consecuencias, según la Encuesta Nacional de Hogares hecha por el Dane en el 2007”. Cfr. *El Tiempo*, “1'058.810 menores laboran en Colombia, reveló la OIT a propósito del Día contra el trabajo infantil”, doce de junio 2009.

⁵³ Véase, PNUD, *El conflicto, callejón con salida. Informe Nacional de Desarrollo Humano – Colombia 2003*, Bogotá, 2003, capítulos 10 y 11. Lo que aquí se expresa respecto de la prevención del reclutamiento para la guerra, es pertinente respecto de la drogadicción: “[...] Además de desmovilizar combatientes [...], hay otro modo de quitarle gente a la guerra, y es evitar que las organizaciones armadas sigan reclutando jóvenes en los campos y ciudades de Colombia. La mejor manera de hacer esto es ofrecerle opciones

incluso el del Estado⁵⁴ y, además, factores de “riesgo” para convertirlos en víctimas propiciatorias de las ejecuciones extrajudiciales, banalizadas hoy con la etiqueta de “falsos positivos”⁵⁵.

En conclusión, no cabe duda de que el incumplimiento estructural de las obligaciones del Estado colombiano en materia educativa, preventiva, terapéutica respecto del problema de la dependencia de las drogas, tanto legales como ilegales, que de manera explícita reconoce el Gobierno en su Proyecto de Acto Legislativo aquí analizado, permite aseverar que no se trata de un Estado de cosas inconstitucional, sino de una ilegitimidad política que se trata de capitalizar en términos de criminalización.

3.5.3. Que no cunda el pánico: ¡Se trata apenas de un simple “artículo”!

Lo que defendemos quienes defendemos la dosis personal es la libertad. La libertad, incluso, para jodernos la vida, si la vida nos jode y nos la queremos joder.

HÉCTOR ABAD FACIOLINCE⁵⁶.

atractivas a las personas “reclutables”, vale decir, garantizar el desarrollo humano de los grupos en riesgo” (Ibid., pág. 263). Sobre los motivos de vinculación de los niños y jóvenes a la guerra, véase también: GONZÁLEZ, *Los niños de la guerra*; PÁEZ, *Las niñas en el conflicto armado en Colombia*; HERRERA, *Sembrando vida*.

⁵⁴ El Informe del Consejo de Seguridad de la ONU del 26 de mayo de 2009, respecto a los niños y a los conflictos armados, afirma que en Colombia, “las Naciones Unidas recibieron información fidedigna sobre la utilización de niños por miembros de las fuerzas de seguridad para fines de inteligencia”.

⁵⁵ Véase, Declaración del Profesor ALSTON, Relator Especial de las Naciones Unidas para las ejecuciones arbitrarias. Misión a Colombia del 8 al 18 de junio de 2009, en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 163. En este informe provisional, se cuestiona el uso de la expresión “falsos positivos” para denominar lo que en realidad son asesinatos, en términos del Derecho Internacional Humanitario: “La expresión falsos positivos brinda una suerte de aura técnica para describir una práctica que se caracteriza mejor como el asesinato a sangre fría y premeditado de civiles inocentes con fines de beneficio”. Y el mismo informe agrega, que “Las cantidades mismas de casos, su repartición geográfica y la diversidad de unidades militares implicadas, indican que éstas fueron llevadas a cabo de una manera más o menos sistemática, por una cantidad significativa de elementos dentro del Ejército”. De otro lado, las investigaciones judiciales sobre lo que se ha venido a llamar “falsos positivos”, han demostrado que uno de los criterios de selección de las víctimas asesinadas, era el de su marginalidad social, atribuible entre otras causas, a su condición de ser adicto a las drogas. El gobierno por su parte, después de conocer el informe referido del Relator de la ONU, afirma que se trata de un problema de desinformación de las “organizaciones políticas” solícitas a denunciar como “homicidio fuera de combate” las bajas dentro de la guerrilla por parte de la fuerza pública. Véase, *Elespecador.com*, “Uribe insiste en que guerrilla quiere hacer aparecer sus bajas como falsos positivos”, 23 Junio de 2009 (consulta del 25 de junio de 2009).

⁵⁶ ABAD FACIOLINCE “Columna en marihuanada”.

El proyecto argumenta que constitucionalmente es válido que el Estado criminalice la conducta del consumo de droga, como una forma de obligar al ciudadano a velar por su propia salud.

No cabe duda, que un Estado debe tener la posibilidad de limitar o sancionar [...] el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas cuando ese consumo, particularmente referido al uso personal, amenace el interés común, o atente contra los derechos del otro o aún contra sus propios derechos, como lo sería, poner en riesgo la salud de la propia persona que incurre en el consumo de estas sustancias, siendo mandato constitucional el que la persona procure el cuidado de su propia salud y la de la comunidad⁵⁷.

Y no cabe duda tampoco, que uno de los ejes que identifican al Estado Social y Democrático de Derecho, es el derecho de la persona a definir con autonomía los asuntos existenciales que sólo a ella le conciernen, como es su particular representación de la “vida buena”, la convicciones políticas, las reglas morales, la religión, los gustos estéticos, el régimen alimenticio, los placeres privados, etcétera. El único límite que se le impone es que la conducta externa no afecte los derechos fundamentales de las otras personas. A ello alude el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad.

Cuando se autoriza entonces al Estado a definir erga omnes las formas “saludables” de vida, y bajo sanción penal se obliga a su acatamiento, como es el caso de esta reforma que se intenta, no se trata simplemente de la introducción de un “articulito” –eufemismo con el que oficialmente se banaliza su significado–, sino de una reforma del modelo de Estado que constitucionalmente nos rige. En este sentido, MANUEL ITURRALDE, cuando expresa:

Por otro lado, tales razones responden a una visión que choca por completo con el Estado liberal y democrático que establece la Constitución Política. Así, la pretensión de “ejercer una protección coactiva para proteger a la sociedad y al consumidor mismo de los efectos de la droga”, como afirma Arias, no es simplemente cuestión de cambiar un articulito de la carta política; implica transformar por la puerta de atrás el modelo de Estado que nos gobierna.

Esto, que exige un debate mucho más transparente y serio, constituye además un retroceso político de más de sesenta años. Basta analizar las medidas adoptadas por regímenes autoritarios para entender por qué no es deseable tener gobiernos que traten a sus ciudadanos, que ejercen su

⁵⁷ Proyecto de Acto Legislativo “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”, Op. cit.,

libertad sin lastimar a nadie, como locos o enfermos que deben ser curados y encerrados, aún en contra de su voluntad⁵⁸.

El tema amerita traer al debate valiosas reflexiones de algunos clásicos del liberalismo, con ocasión de las agresiones contra la libertad al amparo del argumento de la legitimidad del Estado para prescribir una moral universal, modelos de virtud o de vida buena, cuyo incumplimiento se regula con el castigo. El primero de ellos, EMMANUEL KANT profiere un juicio categórico de deslegitimidad contra el gobierno paternal, aquel que atribuyéndose calidades de buen padre de familia, define de manera despótica el único modelo de virtud que deben prohiar los súbditos, y lo impone incluso de forma coactiva:

La *libertad* en tanto hombre, cuyo principio para la constitución de una comunidad expreso en la fórmula: Nadie me puede obligar a ser feliz a su manera (tal como él se figura el bienestar de los otros hombres), sino que cada uno tiene derecho a buscar su felicidad por el camino que le parezca bueno, con tal que al aspirar a semejante fin no perjudique la libertad de los demás que puede coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal posible (esto es, con tal que no perjudique ese derecho del otro). Un gobierno fundado en el principio de la benevolencia para con el pueblo, tal como el de un *padre* para con los hijos, es decir, un *gobierno paternal* (*imperium paternale*) en el que entonces, los súbditos, como niños menores de edad incapaces de diferenciar lo que les es verdaderamente útil o dañino, están obligados a comportarse de un modo meramente pasivo a fin de

⁵⁸ ITURRALDE, "Falacias de la penalización de la dosis mínima". En iguales términos, RANGEL, "La terapéutica verdad", quien se refiere al asunto aquí analizado, en los siguientes términos: "Ese proyecto atenta contra la libertad individual, contra el sagrado derecho que tiene todo individuo a decidir libremente qué hacer con su vida y con su cuerpo, siempre y cuando no lesione los derechos de su prójimo. Desde el punto de vista de la filosofía liberal, el Estado no tiene ningún derecho a tutelar ni a castigar a un adulto libre por lo que hace en su vida privada. Menos derecho tiene a castigarlo con el supuesto propósito de redimirlo, o de protegerlo de sí mismo". Igualmente, el exmagistrado de la Corte Constitucional, GAVIRIA DÍAZ, "¿Por qué, penalizar o no la dosis mínima de drogas?", quien sobre el mismo proyecto, hace la siguiente consideración: Polo Democrático Alternativo. "Si fuéramos a penalizar el consumo de ciertas sustancias, en razón de que afectan la salud de quien las ingiere, entonces debería estar penalizado el consumo de grasas. Habría que fijar una dosis de chicharrón para todos los ciudadanos. La democracia es fundamentalmente un sistema de gobierno amable, que persuade, que educa. Los padres que piensan que el rejo es bueno para sus hijos están equivocados. Esos mismos personajes son los que, siendo gobernantes, creen que lo mejor es el encierro en las cárceles [...]. No hay nada más peligroso que el paternalismo. Es un autoritarismo disfrazado con un rostro amable. Paternalismo es decirle a una persona: "Mire, yo conozco mejor que usted sus intereses, déjeme protegerlo". Al ciudadano no se le puede tratar como a un incapaz. Eso es propio de las dictaduras. Los tribunales de tratamiento fueron propios de los regímenes detrás de la cortina de hierro y en la Alemania nazi. Son medidas terribles". Véase también, UPRIMNY, "Una dosis mínima de cordura".

esperar únicamente del juicio del jefe de Estado la manera en que *deben ser felices*, y sólo de su bondad el que él lo quiera igualmente, -un gobierno así es el mayor *despotismo* pensable (constitución que suprime toda libertad de los súbditos que, por tanto, no tienen derecho alguno)⁵⁹.

Y en mismo orden de ideas, STUART MILL, cuando define los ámbitos de exclusiva soberanía del individuo:

El objeto de este ensayo es el de proclamar un principio muy sencillo encaminado a regir de modo absoluto la conducta de la sociedad en relación con el individuo, en todo aquello que sea obligación o control, bien se aplique la fuerza física, en forma de penas legales, o la coacción moral de la opinión pública. Tal principio es el siguiente: el único objeto, que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente.

Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Éstas son buenas razones para discutir con él, para convencerle, o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño alguno, si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano.⁶⁰

Las razones aquí expresadas permiten vaticinar que de llegar a aprobarse la criminalización del consumo de drogas, con los argumentos del carácter terapéutico del castigo o el Estado como custodio de la moral pública, se abriría un boquete profuso e incontenible para una cascada legislativa que criminalizaría también múltiples escenarios hasta ahora del resorte exclusivo de la autonomía personal, como las preferencias de la vida sexual, el régimen alimentario, las costumbres, el culto religioso, las formas de vestir, imponiendo como hegemónicas la visión moral de minorías con poder o de mayorías que asumen como inadmisibles la pluralidad y la divergencia⁶¹.

⁵⁹ KANT, *Teoría y Praxis*, www.elaleph.com. 1999.

⁶⁰ STUART MILL, *Sobre la libertad*, Op. cit., pp. 26-27.

⁶¹ Este vaticinio, infortunadamente, ya se está haciendo realidad. Por ejemplo, el senador ÉDGAR ESPÍNDOLA de Convergencia Ciudadana, partido cooptado por parapolítica, presentó un proyecto de ley en el cual la infidelidad conyugal se

3.5.4. La parapolítica: a cargo de una “cruzada” contra el narcotráfico.

La criminalización del consumo y porte de drogas “ilegales”, se pretende justificar también en que es parte de la cruzada contra el narcotráfico; en efecto, así reza la iniciativa gubernamental:

Dentro de una política integral de lucha contra la droga como la que con coherencia ha venido implementando el gobierno Colombiano, donde se sanciona, se extradita, se extingue el dominio, se invierten millonarios recursos en campañas de fumigación y erradicación manual de cultivos ilícitos, etc., no es coherente ni sostenible que una conducta como el consumo y porte de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso personal, no sea sancionada⁶².

A este argumento hay que darle un contexto y un escenario, para comprender su significado y hacer una valoración crítica del mismo, como se muestra en seguida.

3.5.4.1. En la estructura transnacional del narcotráfico, media una distancia sideral entre el consumidor o el adicto a la droga, de los que financian la producción, del “capo” del cartel y sus testaferros, y de las instituciones financieras o bancarias multinacionales que “lavan” las ganancias. Asumir la identidad de actores que se relacionan de forma tan diversa con el proceso, induce a confundir las causas, las motivaciones e intereses, lo cual necesariamente conlleva a políticas erradas. Y ello es, precisamente, lo que acontece con el Proyecto, en el que conductas legítimas, que constituyen el ejercicio de la autonomía de una persona, o que son expresión de su vulnerabilidad dada la adición a una sustancia, se confunden con actividades de actores que obtienen astronómicas ganancias de su participación en el mercado transnacional de las drogas ilegales, que en procura de la impunidad, de la rentabilidad y sostenibilidad

sanciona con escarnio público y con multa hasta de 8 millones de pesos (16 salarios mínimos), si se confirma que la infidelidad fue consumada. Los argumentos aducidos, son los siguientes: “hay muchos hogares disfuncionales porque no se cumple la fidelidad. Eso ha conllevado a problemas de alcoholismo y depresión y los niños han sufrido problemas por los divorcios, son acomplejados y con conflictos. Por eso queremos que se entienda el hogar como el núcleo de la sociedad”. Y para él el problema de nuestra sociedad, no es ni la pobreza, ni la inequidad, ni la violencia, ni la parapolítica, sino el “[...] haber acabado la familia, los principios cristianos, es que este Congreso este proponiendo que personas del mismo sexo se casen y tengan hijos, eso sí es grave”. *Revista Semana*, “Inquietud por la propuesta de legislar sobre la vida privada al ‘cobrarles una multa a los infieles’”, en: http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=106067 (Consulta del 9 abril de 2007).

⁶² Proyecto “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”, Op. cit.

del negocio, acuden al ejercicio de la violencia, la “justicia” por propia mano, la cooptación del poder político y la corrupción de las democracias.

Dicha confusión en el proyecto, que de alguna forma termina criminalizando a las víctimas del “narcotráfico”, oculta los problemas de fondo que representa el abuso de las drogas, e inhibe la posibilidad de que social e institucionalmente se identifiquen los factores y las auténticas soluciones o tratamientos al conflicto, en términos democráticos y respetando la dignidad humana⁶³.

3.5.4.2. Dado que se articula la criminalización del consumo con la estratagema de la lucha contra el narcotráfico, no deja de ser paradójico que se acuda al Congreso para la reforma constitucional. Y esto se expresa por cuanto la investigación por la “parapolítica” dejó en evidencia la captura que los paramilitares hicieron de dicho órgano legislativo, al punto que hoy una tercera parte de los congresistas elegidos para el período 2006-2010 están judicializados e incluso condenados, por ser beneficiarios del clientelismo armado, el fraude, la corrupción, la compra votos, y la violencia que los paramilitares ejercieron contra la población. De otro lado, como lo han demostrado las investigaciones judiciales y académicas⁶⁴, y las

⁶³ Véase, DIEZ RIPOLLÉS, *Estudios Penales y de Política Criminal*, Vol. 5, “El control penal del abuso de drogas: una valoración político criminal”, págs. 843-844, donde expresa que el prohibicionismo respecto del consumo, tiene efectos perversos en la prevención, por cuanto “se adopta la muy cuestionable decisión ético-política de proteger la salud de los ciudadanos adultos aun en contra de su voluntad. Y por si fuera poco, se procede además a ello empleando los medios coactivos más poderosos de que dispone el Estado”, y además, “obstaculiza la asunción de responsabilidades por la colectividad sobre las causas sociales de la expansión del abuso de drogas, el igual que frena su implicación en la consolidación de pautas de consumo responsable de tales sustancias. Por el contrario, se generaliza la idea de que estamos ante un asunto de exclusiva competencia de los órganos represivos del Estado”. Sobre políticas alternativas a la prohibición, véase: BARATTA, “Introducción a una sociología de la droga”, en *Estudios Penales*, págs. 73-93; del mismo, “Introducción a la criminología de la droga”, págs. 329-346; ROMANI, “Prohibicionismo y drogas: ¿un modelo de gestión social y agotado”, en BERGALLI, *Sistema penal y problemas sociales*, págs. 429-450; DEL OLMO, “Drogas: distorsiones y realidades”, en *Nueva Sociedad*, 102, págs. 81-93; la misma: “La cara oculta de la droga”, en *Poder y Control*, N° 2, págs. 23-48.

⁶⁴ Véase: CAMACHO GUIZADO, “De narcos, paracracias y mafias”, en *En la encrucijada. Colombia en el siglo XXI*, págs. 387-419; CRUZ RODRÍGUEZ, “Los estudios sobre el paramilitarismo en Colombia”, en *Análisis Político*, N° 60, págs. 117-134; CUBIDES CIPAGAUTA, “Narcotráfico y guerra en Colombia: los paramilitares”, en *Violencias y estrategias colectivas en la Región Andina*, págs. 377-410; el mismo: “Narcotráfico y paramilitarismo: ¿Matrimonio indisoluble?”, en *El poder paramilitar*, págs. 205-259; DUNCAN, “Narcotraficantes, guerreros y mafiosos. Historia de una subordinación”, en *Narcotráfico en Colombia. Economía y violencia*; el mismo: *Los señores de la guerra*;

versiones libres de sus comandantes, este actor llegó a conquistas un gran poder económico, gracias a la producción, comercialización y exportación de drogas ilegales. Y, sin embargo, los partidos políticos cuyos congresistas fueron así elegidos, al no tener sanción política por tal circunstancia⁶⁵, han procedido a sustituirlos, con lo cual los votos paramilitares continúan incidiendo en la actual conformación del Congreso y, por supuesto, deciden asuntos fundamentales en el mismo, como el proyecto de referendo para la reelección presidencial y el proyecto que aquí se discute⁶⁶.

Es obligado, entonces, interrogarse sobre la legitimidad de la actual representación política en Colombia y, si a partir de las realidades denunciadas, es posible seguir hablando de democracia, si es que

FRANCO, "El mercenarismo corporativo y la sociedad contrainsurgente", en *Estudios políticos*, N° 21, págs. 54-82; GONZÁLEZ/BOLÍVAR/VÁSQUEZ, *Violencia política en Colombia*, págs. 59-75; GUTIÉRREZ/BARÓN, "Estado, control territorial paramilitar y orden político en Colombia", en *Nuestra guerra sin nombre*, págs. 267-309; MEDINA GALLEGU, "La economía de guerra paramilitar: una aproximación a sus fuentes de financiación", en *Análisis Político*, N° 53, págs. 77-87; PIZARRO LEONGÓMEZ, "Colombia: ¿Guerra civil, guerra contra la sociedad, guerra antiterrorista o guerra ambigua?", en *Análisis político*, N° 46, págs. 164-180; RANGEL, "¿Adónde van los paramilitares?", en *El poder paramilitar*, págs. 11-23.

⁶⁵ En este momento es perentorio recordar dos hechos políticos que guardan relación con esta materia: de un lado, que cuando comenzó la judicialización y captura de los congresistas vinculados a la "parapolítica", el Presidente URIBE VÉLEZ les reclamó que con urgencia, antes de su aprehensión, dieran el voto a las iniciativas legislativas del gobierno. Del otro, que la reforma política con la cual se pretendía depurar el Congreso, al consagrar la "silla vacía" como sanción para los partidos políticos cuyos congresistas fueran judicializados por la parapolítica, sufrió un rotundo fracaso, en lo cual tuvo mucho protagonismo el Gobierno, muy probablemente por temor a perder sus mayorías en el Congreso.

⁶⁶ Lo mismo cabe decir de la reforma política impulsada también por el Gobierno Nacional, que terminó introduciendo el "orangután", en cuya virtud se les concedió status de delinquentes políticos, con sus correlativos derechos políticos, a los jefes paramilitares. Véase: *El Espectador*, "Abren puertas para que 'paras' accedan a cargos de elección popular", Bogotá, 26 Mayo 2009: "El ex presidente Liberal, César Gaviria Trujillo, advirtió que en la reforma política hay un "verdadero orangután, inconveniente y nocivo para el país"; se trata del artículo cuarto, que faculta a los jefes paramilitares para que sean escogidos para cargos de elección popular y puedan tener contratos con el Estado. "Lo que tumbó la Corte Constitucional en la ley de justicia y paz ahora lo pretenden convertir en una consagración constitucional [...]. Yo no había visto una monstruosidad igual, como la de consignar los derechos de los jefes paramilitares en la constitución", advirtió Gaviria. Véase, también, PAREDES, "Debate sobre posible 'para-mico' en la Reforma Política", en *Semana.com* (consulta del 26 Mayo de 2009). Así mismo, el reciente aval del Congreso a la amnistía para los paramilitares, al amparo del "principio" de oportunidad. Sobre esto último, véase: *El Espectador*, "Denuncian que ley aprobada por el Congreso da amnistía disfrazada a delitos de lesa humanidad", 18 Junio de 2009; SOCHA M., "Principio de oportunidad para los desmovilizados", en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 163.

ella es algo más allá de lo meramente formal, y significa un elector informado, libre, con posibilidad de participación en la pluralidad de propuestas políticas, la no criminalización de la oposición, etcétera⁶⁷.

3.5.5. ¿Y de los recursos institucionales y financieros, qué?

El Proyecto en comento consagra el carácter universal del derecho a la salud, y prescribe que los servicios públicos necesarios para su garantía, están a cargo del Estado. Y uno de dichos servicios son las medidas terapéuticas, pedagógicas, cuya imposición le corresponde a un Tribunal mixto conformado por jueces y personas del “sector de la salud”:

Con fines preventivos y rehabilitadores, la ley establecerá medidas con carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico para quienes consuman dichas sustancias. Por decisión de una instancia conformada por el sector salud y la rama judicial, estas medidas podrán estar acompañadas de limitaciones temporales al derecho a la libertad, y se harán efectivas en instituciones adaptadas para los fines propios de la prevención y la rehabilitación⁶⁸.

¿Y cuál es el universo de personas que se pretende judicializar y sancionar a través de los Tribunales terapéuticos? El reciente “Estudio Nacional de hogares sobre el uso de sustancias psicoactivas 2007-2008”, concluye que 540.000 colombianos habrían consumido drogas ilegales en el último año. Además, hay 254.000 colombianos que tienen dependencia de marihuana. Y de 140.000 personas que declararon consumo de cocaína en el último año, el 60%, es decir 85.000, clasifican en el grupo de “abuso” o “dependiente”,⁶⁹.

⁶⁷ Es pertinente aquí la advertencia que hace La Comisión Latinoamericana de Drogas y Democracia, cuando expresa que “El lucro de las drogas es el principal financiador del comercio ilegal de armas y millares de jóvenes son muertos en luchas internas por el control del comercio o en combates con la policía o con militares, que también son víctimas fatales de esta guerra singular. Parte de las fuerzas responsables por el mantenimiento del orden y de las estructuras de poder fue cooptada por el crimen organizado y el poder corruptor del dinero asociado al tráfico de drogas penetra en todos los niveles de los poderes públicos y corroe los propios fundamentos de la democracia”. Comisión Latinoamericana de Drogas y Democracia, “Drogas y democracia en América Latina: hacia un cambio de paradigma”, en: <http://static.elespectador.com/archivos/2009/02/8c238757c07a0abcbf7ea1d3947213ca.doc> (consulta del 1 junio de 2009).

⁶⁸ Véase: Proyecto de Acto Legislativo “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”, Op.cit.

⁶⁹ Véase: *Estudio Nacional de hogares sobre el uso de sustancias psicoactivas 2007-2008*, producto del esfuerzo del Ministerio del Interior y de Justicia, la Dirección Nacional de Estupefacientes y el Ministerio de la Protección Social, con el apoyo de la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, la Embajada de Estados Unidos

Tal volumen de casos, de procesarse de manera real y efectiva, terminaría colapsando el sistema judicial al ocupar gran parte de su personal, de su infraestructura y recursos financieros. Ante esta circunstancia, de aprobarse y ponerse en ejecución una política criminal prohibicionista, es posible vaticinar dos escenarios igualmente distópicos: el primero, dado el carácter estructuralmente selectivo del sistema penal⁷⁰, habría un ensañamiento contra “chivos expiatorios” reclutados entre los grupos socioeconómicos más vulnerables, para cierta apariencia de eficacia a la ley. En otras palabras, se trataría de un derecho penal esencialmente simbólico⁷¹, con el cual se le significaría a los ciudadanos que el Estado se ha hecho cargo de los problemas socialmente atribuidos al consumo de drogas y le ha dado respuestas a sus demandas de que se haga algo respecto de ellos, con la correlativa cuota de legitimación que tal estrategia conlleva. En este sentido, BOAVENTURA DE SOUSA y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, cuando expresan que

El déficit de maniobra política de los gobiernos propicia el uso simbólico de los discursos legales. Mientras más limitado es el margen de maniobra política de los gobiernos en Colombia y más incontrolable es la violencia, más inclinados están estos a tratar dichos problemas de manera tal que el énfasis institucional se ponga en la legitimación, la comunicación y el uso simbólico del derecho y no en la obtención de resultados. En estos contextos críticos, la producción e implementación de normas da lugar a una reconstrucción de los problemas sociales y a un escape político hacia terrenos en los cuales los gobiernos pueden obtener mayores ventajas o

en Colombia y la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la OEA, en <http://odc.dne.gov.co/img/pdf/BoletinEnLinea21dne.pdf> (consulta del 15 junio de 2009). En sentido crítico a las cifras aportadas por este estudio, véase GONZÁLEZ POSSO, “La ignorancia es atrevida”, en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 152.

⁷⁰ BARATTA, “Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal”, en *Criminología y sistema penal*, págs. 340-341: “El modo como el sistema de justicia criminal interviene sobre este limitado sector de la violencia “construido” con el concepto de criminalidad es estructuralmente selectivo. Esta es una característica de todos los sistemas penales. Existe enorme discrepancia entre el número de situaciones sobre las cuales el sistema es llamado a intervenir y aquel sobre el cual puede intervenir y efectivamente interviene [...]. La inmunidad y la criminalización son concretadas, generalmente por los sistemas punitivos según la lógica de las desigualdades en las relaciones de propiedad y poder”.

⁷¹ Sobre este concepto, véase: DIEZ RÍPOLLES, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Crítica y justificación del derecho penal*, págs. 147-172; BERGALLI, “Las funciones del sistema penal”, en *Sistema Penal y problemas sociales*, págs. 25-82; HASSEMER, “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, N° 1, págs. 23-36; VAN DER KERCHOVE, “¿Las leyes penales están hechas para ser aplicadas?”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 48, págs. 181-198; GARCÍA VILLEGAS, *La eficacia simbólica del derecho*; el mismo: “Función simbólica del Derecho y estabilidad institucional”, en *Ética y conflicto*.

simplemente atenuar los efectos perversos de su incapacidad política. El déficit de legitimidad, originado y causado a la vez por la ineficacia instrumental del Estado, se compensa parcialmente con el aumento de la comunicación a través de la producción de discursos legales como respuesta a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación⁷².

La otra alternativa sería aquella funcional a lo que NILS CHRISTIE nombra como “la industria del control del delito”⁷³, que consistiría en el encarcelamiento (“internamiento terapéutico”, en palabras del Proyecto) de cientos de miles de personas, lo cual supondría enormes inversiones y gastos: en la construcción, el financiamiento, el equipamiento de las “instituciones adaptadas para los fines propios de la prevención y la rehabilitación”; en la dotación de los sistemas de vigilancia electrónica, las alarmas, las pulseras electrónicas para los liberados condicionalmente; en la contratación del personal “científico” necesario para las “terapias”; en el ejército de guardianes para garantizar la vigilancia y el control disciplinario; en servicios alimentarios, etcétera. Y, obviamente, con costos para las libertades al punto de convertirnos totalmente en un Estado policía⁷⁴.

Las razones precedentes llevan, pues, al convencimiento de que la regulación en términos punitivos del conflicto, será otra de las

⁷² DE SOUSA SANTOS/GARCÍA VILLEGAS, *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomo I, págs. 73-74. Sobre el concepto, véase además: DIEZ RIPOLLÉS, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Crítica y justificación del derecho penal*, págs. 147-172; HASSEMER, “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, N° 1, págs. 23-36.

⁷³ Cfr. CHRISTIE, *La industria del control del delito*, pág. 123: “Controlar a partes de la población ociosa en forma directa y crea nuevas tareas para la industria y sus propietarios. Desde este último punto de vista, los reclusos adquieren un papel nuevo e importante: se convierten en la materia prima de la industria del control del delito”.

⁷⁴ Véase en este sentido, BARATTA, “Principios del derecho penal mínimo”, *Op. cit.*, pág. 314, donde expresa que, “El desigual funcionamiento de la justicia penal encuentra, pues, en la discrepancia entre los recursos administrativos y el programa legislativo, una causa estructural. Si no se quiere aceptar como fisiológica la existencia de una vastísima cifra oscura de criminalidad y la realización de la función punitiva por medio de chivos expiatorios-, quedan teóricamente, sólo dos posibilidades: adecuar los recursos a los programas de acción legislativos, o bien, redimensionar los programas de acción sobre la base de los recursos disponibles en o para el sistema. La primera alternativa debe ser excluida no sólo por la imposibilidad de realizar una gigantesca inversión, cuyos costos económicos jamás podrían equilibrar los eventuales efectos útiles del sistema mismo, sino también porque sería insostenible el costo social de una operación de efectiva adecuación, que, de todas maneras, queda planteada únicamente como hipótesis teórica, esto es, una militarización de la justicia penal y del Estado”.

formas de criminalizar a los jóvenes, en condiciones de miseria y pobreza, que estarán sobrerrepresentados en las cifras institucionales de persecución de la conducta, no obstante ser ella propia de todos los estratos sociales y de todas las condiciones etáreas⁷⁵.

En lo que hay certeza es que cuando el sistema penal criminaliza el ejercicio de los derechos fundamentales, las bagatelas y las erige en el problema central de la “inseguridad ciudadana”, son estas conductas las que terminan acaparando la atención de los actores que controlan los filtros iniciales de la persecución penal –entre ellos, la Fuerza Pública–, y, por ende, del sistema judicial, reforzando de esta forma las inmунidades que el sistema le depara a los poderes económicos y políticos responsables de los grandes crímenes, como lo serían en el caso colombiano, las desapariciones forzadas⁷⁶, las ejecuciones extrajudiciales⁷⁷, el desplazamiento forzado⁷⁸, las masacres, la corrupción, el etnocidio contra las comunidades indígenas⁷⁹, la violencia sexual contra los niños y niñas, entre otros. Sobre estos conflictos, que afectan a millones de colombianos, el Gobierno no expresa indignación alguna, e incluso no es infrecuente que los banalice atribuyéndole la información a una “guerra jurídica” contra el Estado y sus instituciones

⁷⁵ Véase, *Estudio Nacional de hogares sobre el uso de sustancias psicoactivas 2007-2008*, Op. cit., el cual arrojó las siguientes cifras: El grupo de edad con mayor prevalencia del último año de uso de drogas ilícitas es el de 18 a 24 años con cerca de 6%, seguido por el grupo de 15 a 34 años con un 3,9% y el de 12 a 17 años con un 3,4%. En cuanto a estratos socioeconómicos, el mayor consumo de drogas ilícitas en términos del uso reciente se encuentra en el estrato 4 (4,2%), seguido por los estratos 5 y 6 (2,9%), el estrato 3 (2,8%) y los estratos 1 y 2 (2,4%), para cada uno de ellos.

⁷⁶ Con motivo de la campaña lanzada por diversas organizaciones colombianas para lograr tornar visible el problema y que se ratifique la Convención Internacional de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, se menciona que en las cuatro décadas de conflicto armado interno, se han presentado entre 15.000 y 50.000 desapariciones. Véase: “ONG colombianas lanzan campaña contra desaparición forzada”, en *Semana.com* (consulta del 27 de mayo de 2009).

⁷⁷ Véase: Centro de Investigación y Educación Popular - Cinep-, *Falsos Positivos. Balance del Segundo Semestre de 2008. Informe Especial*, Bogotá, D.C. - Abril de 2009, en http://www.cinop.org.co/sites/cinop.cinop.org.co/files/Informe%20falsos%20positivos%202008-II%20-%20Abril%202009%20_FINAL_.pdf (consulta del 30 mayo de 2009).

⁷⁸ La Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), calcula en 4.3 millones los colombianos víctimas del desplazamiento forzado, cifra equivalente al 9.3% de la población nacional. *Elespectador.com*, “Población desplazada en Colombia alcanza los 4,3 millones de personas” (consulta del 1 de mayo de 2009).

⁷⁹ Véase: Tribunal Permanente de los Pueblos, *Empresas transnacionales y derecho de los pueblos en Colombia, 2006 – 2008*, en: <http://www.colectivodeabogados.org/img/doc/DictamenSesiondeliberante.doc> (consulta del 20 de noviembre de 2008); LONDOÑO BERRÍO, “El fuero y la jurisdicción penal especial indígenas en Colombia”, en *Anuario de Derecho Penal* 2006, págs. 153- 210.

democráticas⁸⁰. El concentrar entonces las indignaciones, los estigmas y la represión penal en unos pocos, seleccionados generalmente entre los más vulnerables, constituye una eficaz estrategia para ocultar o minimizar los crímenes e injusticias de los poderes dominantes, con la inmunidad subsecuente que les garantiza su “legitimidad”. En este mismo sentido ZYGMUNT BAUMAN, cuando dice que,

Cualquier peligro que se intuye en la delincuencia “en la cima”, o se atribuye a ella, corresponde a un orden totalmente distinto. Sería sumamente difícil visualizar cómo el hecho de castigar a los culpables podría aliviar los sufrimientos cotidianos atribuidos a los peligros más tangibles que acechan en las calles y los barrios más peligrosos de la ciudad donde uno vive. De ahí que no es mucho el capital político que se gana por “parecer que se hace algo” para poner fin a la delincuencia “en la cima”. Y no es grande la presión política que se ejerce sobre los legisladores y guardianes del orden para que se devanen los sesos y aglicen los músculos en una lucha más eficaz contra esa clase de delincuencia; no tiene comparación con el clamor público contra ladrones de autos, asaltantes y violadores, o contra los guardianes de la ley y el orden que se muestran poco severos en aplicarles el merecido castigo⁸¹.

3.5.6. Una solución salomónica: criminalizar inocentes para garantizar la condena de un posible culpable.

En el Proyecto se recurre al manido argumento⁸² de que la nocriminalización del consumo, sirve al “narcomenudeo”, que se

⁸⁰ Para el Presidente URIBE VÉLEZ, en reciente declaración, “solo existen 22 casos comprobados” de falsos positivos, y “la Fuerza Pública no se dejará acomplejar por centenares de falsas acusaciones”. Las denuncias sobre estos crímenes, obedecen a falsas acusaciones “para tratar de paralizar la acción de la Fuerza Pública contra los terroristas”. Caracol Radio. “Uribe dice que solo existen comprobados 22 casos de ‘falsos positivos’”, Marzo 23 de 2009, en: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx...> Véase, también: “Uribe denuncia política de ‘falsas acusaciones’ contra Fuerzas Militares”, en El Espectador. com (consulta del 8 Mayo 2009). Sin embargo, la propia Fiscalía General de la Nación reporta que la Unidad Nacional de Derechos Humanos tiene en sus manos 1.009 casos, en los que se comprenden 1.666 víctimas. El Espectador, 30 de abril de 2009.

⁸¹ BAUMAN, *La Globalización*, pág. 162.

⁸² Desde el exministro del Interior y de Justicia FERNANDO LONDOÑO HOYOS ya se escuchaba este argumento, cuando le atribuyó carácter ambiguo a la Corte Constitucional que descriminalizó el consumo: “[...] porque cada persona tiene una dimensión diferente sobre lo que debe ser la cantidad de una dosis personal”, lo cual en su sentir, “[...] hace muy relativo el control policial. Los traficantes no llevan en su bolsillo más cantidad de lo que podría confundirse con una dosis personal. Esto hace imposible el trabajo de la policía para reprimirlos”. Véase: http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2002/octubre/01/11102002.htm (Consulta del 20 abril de 2009). El propio Presidente URIBE VÉLEZ, lo reitera mucho después: “Creo que el Congreso de la República, más que escuchar al Gobierno, tiene que escuchar a la comunidad. Sin que yo mencionara el tema, espontáneamente la comunidad lo dice [...] Presidente, usted ordenó que la Policía confiscara los expendidos de droga.

ampara en tal circunstancia para evadir la acción policial, lo cual garantiza su impunidad; en efecto:

A través de la dosis personal, se está no solo permitiendo el consumo masivo por la juventud, atentando contra su integridad personal y su salud, sino convirtiendo a los jóvenes en pequeñas mulas del narcotráfico, que con el argumento siempre esgrimible ante las autoridades de policía, de portar la dosis para uso personal, la cual no se encuentra penalizada en Colombia a partir de la sentencia de la Corte Constitucional, se dedican al expendio, venta y tráfico de drogas, aumentándose gravemente no sólo los índices de consumo de drogas ilícitas, sino del tráfico de estupefacientes, con gravísimos efectos tanto para la persona como para el Estado colombiano dentro del contexto de la lucha internacional contra las drogas⁸³.

El derecho penal del Estado constitucional de derecho, encuentra inadmisibles la posibilidad de que problemas de orden probatorio que empíricamente se pueden suscitar para acreditar la existencia del hecho punible, se resuelvan con presunciones de responsabilidad, con la formulación de tipos penales ambiguos, y, con mayor razón, con la criminalización de las conductas, que así no conculquen un bien jurídico, se hallan fenoméricamente cercanas a la primera. Cuando así se procede, se institucionaliza un trato idéntico a supuestos sociológicos y jurídicos radicalmente divergentes.

Y ya se ha expresado que lo probatorio es un problema de inteligencia institucional, de investigación. La pregunta obligada es: ¿qué pasa con todos los recursos institucionales dispuestos para ella en la Fiscalía, en la fuerza pública, en el Das, etcétera?

Pero es muy difícil porque, tras de la dosis personal todos los días aparecen nuevos expendidos. Con la permisividad de la dosis personal, todos los días se involucran más niños en la distribución de droga. Con la excusa de que la dosis personal no puede ser sancionada, todos los días hay más tráfico en pequeñas cantidades". También, ESPEJO, "Gobierno volverá a insistir en penalización de dosis personal", en *El Espectador*, 4 de diciembre de 2008. El argumento fue apropiado luego por quien hoy ocupa la cartera del Ministerio del Interior y de Justicia, el Doctor FABIO VALENCIA COSSIO: "La eliminación de la dosis mínima es apenas una de las herramientas que debe tener una política nacional para proteger a nuestros niños y jóvenes, que son inducidos al consumo por los criminales distribuidores que se amparan en que no hay sanciones para los que mercadean al menudeo [...] es absurdo afirmar que el Estado piensa encarcelar a los adictos, porque, como bien lo dice el señor presidente Uribe, un adicto es un enfermo y un enfermo no es culpable". *El Tiempo*, "Uno de cada 10 colombianos ha probado la droga, dice estudio del Centro Nacional de Consultoría", febrero 24 de 2009.

⁸³ Proyecto de Acto Legislativo, "Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política", Op. cit.

Hay dos hechos que dan luces respecto a lo que pasa con la inteligencia institucional: el primero de ellos se relaciona con el DAS, Departamento de inteligencia de la Presidencia de la República y bajo la dirección y control del Presidente. Como es de público conocimiento, este organismo desde mucho tiempo atrás venía realizando interceptaciones ilegales de teléfonos y correos, seguimientos a las familias, hurgando aspectos íntimos de la vida privada de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de Magistrados auxiliares responsables de la investigación de la parapolítica, de periodistas, opositores políticos, y directores de organizaciones dedicadas a la defensa y protección de los Derechos Humanos, entre otros. Tal circunstancia es de tal gravedad que obligó a la Corte Suprema a solicitar la presencia de un Relator Especial de la ONU para la Independencia Judicial. Y relacionado también con esta dependencia, el llamamiento a juicio de su exdirector, Jorge Noguera, acusado por la Fiscalía de torpedear investigaciones de paramilitares, entregarles información confidencial, suministrarles información de sindicalistas, dirigentes políticos y profesores –emblemático, el caso de Alfredo Correa de Andrés– que luego terminaron asesinados⁸⁴.

El segundo se relaciona con los informantes –entre ellos “los desmovilizados”⁸⁵–, eje de la inteligencia de la “Seguridad democrática”, que según las investigaciones recientes sobre las ejecuciones judiciales –mal llamados “falsos positivos”–, han tenido una relevante participación en el aporte de datos de las víctimas propiciatorias, y para lograr engañarlas y facilitar su ejecución por agentes del Estado. Y también han demostrado especial eficacia en el aniquilamiento del tejido social comunitario⁸⁶, en la construcción

⁸⁴ Véase, *El Espectador*, “Fiscalía llama a juicio a ex director del DAS Jorge Noguera”, 8 de mayo 2009.

⁸⁵ El régimen de desmovilización individual esta contenido en la Ley 418 de 1997, la cual fue reglamentada por el Decreto 128 de 2003, cuyo artículo 9º establece que “el desmovilizado que voluntariamente desee hacer un aporte eficaz a la justicia entregando información conducente a evitar atentados terroristas, secuestros o que suministre información que permita liberar secuestrados, encontrar caletas de armamento, equipos de comunicación, dinero producto del narcotráfico o de cualquier otra actividad ilícita realizada por organizaciones armadas al margen de la ley, de conformidad con las disposiciones legales vigentes o la captura de cabecillas, recibirá del Ministerio de Defensa Nacional una bonificación económica acorde al resultado, conforme al reglamento que expida este Ministerio”.

⁸⁶ Véase, URIBE DE HINCAPIÉ, “El Republicanismo patriótico”, pág. 19, donde magistralmente la Profesora señala que la red de informantes contribuye a la configuración de una “sociedad vigilada”, que termina aniquilando la política, porque “las confianzas entre vecinos, las viejas lealtades solidarias y las tramas de sociabilidad se fracturan, se disuelven, se atomizan, porque cualquiera puede ser enemigo,

de los montajes para las detenciones masivas⁸⁷ y la judicialización de opositores políticos del Gobierno, los defensores de derechos humanos, los dirigentes sindicales, los líderes populares, indígenas, entre otros.

Si los ejes investigativos están en gran parte articulados a estructuras criminales, no resulta extraño que la venta “al detal” de drogas, goce de tal libertad. Los inmuebles y lugares dedicados a tal fin no son recónditos, ni situados en las selvas, como para pasar desapercibidos, de allí que una mínima “inteligencia” que no requiere ser “superior”, basta para lograr su identificación. Por este motivo, con certeza se puede afirmar que no se requiere una reforma constitucional para lograr eficacia investigativa respecto de estas conductas.

Tampoco cabe duda de que a los habitantes, especialmente urbanos, les preocupa la presencia de las drogas en sus comunidades, por la violencia que acompaña y por la vulnerabilidad de los jóvenes frente a las mismas, por eso no son infrecuentes las denuncias en múltiples escenarios. La persistencia de estos fortines es fundamentalmente posible por fenómenos de corrupción policial, situación que se soslaya con el argumento que la policía es incapaz de vencer las argucias de los traficantes que se amparan en ser portadores de una “dosis personal”.

De otro lado, son plurales las referencias investigativas que indican que gran parte de la violencias graves en muchos territorios del país, tienen origen en la disputa por el dominio territorial y poblacional, entre paramilitares, desmovilizados, o “bandas emergentes o criminales” –Bacrim–, y que correlativo a dicho dominio ejercen el monopolio de la distribución de drogas ilegales, conjuntamente, con los préstamos

cualquiera puede ser el informante y en este contexto de sospechas mutuas declinan las acciones colectivas, la deliberación pública, la organización social y termina imperando el silencio y el retraimiento de los individuos hacia la esfera privada y doméstica”.

⁸⁷ BUSTAMANTE PEÑA, “Los falsos positivos: ni falsos ni positivos”. En: *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 0041, donde expresa que las “Capturas ilegales que rompen todo principio de Estado de Derecho y que se basan en los testimonios de personas cobijadas por otro cuestionable concepto de la seguridad democrática “la red de cooperantes”, cuyo bello nombre lingüísticamente vislumbra y evoca solidaridad patria, pero en realidad esconde a caza recompensas dispuestos a vender sus mentiras y falsas acusaciones sin importarles la suerte de los encarcelados y sus familias. El resultado: la gente aplaude cuando ve por televisión la espectacularidad de las “capturas masivas” y muy pocos señalan al gobierno por lo que realmente son inhumanas detenciones arbitrarias y la utilización indiscriminada e irresponsable de caza recompensas, en su mayoría reinsertados que han convertido el deber ciudadano de la denuncia en un negocio”.

usureros conocidos como “paga-diario” o “gota a gota”⁸⁸, la prostitución de menores y adolescentes, la explotación de los juegos de azar, el chance⁸⁹, las máquinas tragamonedas⁹⁰, fuera de otras actividades económicas legales e ilegales. Y ante la “impunidad” con la cual ejercen sus actividades, parece pertinente sospechar o formular como hipótesis que esas actividades son la contraprestación o retribución que se hace al paramilitarismo, por el control social que ejercen sobre poblaciones especialmente conflictivas o peligrosas, mientras la tarea central de la fuerza pública se concentra en la guerra contra los enemigos. En este sentido debe entenderse lo señalado por OROZCO ABAD, cuando asevera que,

⁸⁸ Véase, *El Tiempo*, “El negocio del ‘gota a gota’ se sigue moviendo, incluso con amenazas de muerte para los morosos”, diciembre 7 de 2008. En esta noticia se registra que el fenómeno se encuentra presente en todo el país, y tiene a los paramilitares y a los “desmovilizados”, como los titulares principales del negocio. Y debemos agregar que el cobro de las acreencias obviamente no puede ser por los conductos institucionales, esto es, el sistema judicial, porque los intereses pactados rebasan con creces los de la usura, regulada como delito en el Código Penal, con lo cual los usureros se ven precisados a acudir a la “justicia” por propia mano, a través de amenazas, las vías de hecho, no siendo infrecuente el homicidio. Y no se registran denuncias, porque la vulnerabilidad económica de quienes acuden a prestar, determina que lo tengan como el único “banco” asequible y, además, el terror los inhibe, porque conocen la capacidad de agresión de los prestamistas, quienes generalmente gozan de dominio territorial, lo cual acrecienta el sentimiento de indefensión, porque tal circunstancia generalmente encuentra correlación con la corrupción de las autoridades.

⁸⁹ Véase, *El Tiempo*, “Camino a repetirse adjudicación del chance en medio de corrupción e infiltración de grupos ilegales”, 22 abril de 2009. La Oficina del Zar Anticorrupción, ÓSCAR ORTIZ, llama la atención sobre lo que parece ser una estrategia común en muchos departamentos y que pasa por la declaración de urgencia manifiesta, la ampliación de contratos con los operadores que ya tenían el negocio y, finalmente, la aparición de un solo proponente en la licitación definitiva. Revista Semana, “Las viudas del chance”, en <http://www.semana.com/noticias-nacion/viudas-del-chance/109629.aspx> (consulta del 23 Febrero 2008). En esta investigación periodística se señala que en la ciudad de Barranquilla, en los últimos seis años, fueron asesinados 18 empresarios y promotores de apuestas, en razón de “una puja por el control del negocio”. Pero la misma situación, se ha presentado a lo largo de todo el país.

⁹⁰ Véase, *Revista Semana*, N° 1414, “La suerte capturada”, junio 6 de 2009. En este artículo periodístico, se cita la siguiente declaración del zar anticorrupción, ÓSCAR ORTIZ: “Desde cuando nació, Etesa - Empresa Territorial para la Salud- tiene un diseño perverso que ha permitido que se convierta en un foco de corrupción, y de hecho el problema es de tal dimensión, que ya se está discutiendo la forma como será liquidada y creada la nueva organización”. Esta circunstancia explica que la entidad ha sido incapaz de ejercer control sobre las máquinas tragamonedas y casinos piratas, controladas por “grupos ilegales y nuevas mafias”, que les generan utilidades cercanas a 650 mil millones de pesos. Véase, también, DIANA CAROLINA JIMÉNEZ, “Proponen políticas para adictos al juego”, *El Colombiano*, 23 mayo de 2009, donde se registra que el país tiene 500.000 adictos al juego “ludópatas”, y se concluye con el siguiente comentario “La pregunta que se hacen los psicólogos, la autora del proyecto de ley y hasta los mismos ludópatas, es cómo pagar 2 millones de pesos que cuesta un tratamiento, cuando es natural que un adicto al juego esté endeudado hasta el cuello y muchas veces, hasta reportado en datacrédito”.

[...] el gobierno ha decidido utilizar a ex paramilitares como guardias en nueve ciudades del país y que quiere hacer extensiva la medida a los guerrilleros desmovilizados. Parecería, en tal sentido, que el gobierno Uribe se sirve de un tratamiento policivo-punitivo en el plano simbólico de sus enemigos, pero que en el plano instrumental prefiere un tratamiento político-militar de los desmovilizados. Yo, por mi parte, defendí una política similar en “otra época, es decir, cuando no se sabía tanto sobre la simbiosis profunda entre el narcotráfico y el paramilitarismo. Hoy encuentro más riesgosa la medida. Hoy, podría ser interpretada razonablemente como un dispositivo gubernamental de apoyo a la legalización y afianzamiento de la revolución conservadora de corte narco-paramilitar en que parece apoyarse, por lo menos temporalmente, el Estado colombiano en su guerra contra las guerrillas revolucionarias de izquierda⁹¹.

⁹¹ OROZCO ABAD, *Combatientes, rebeldes y terroristas*, pág. XXVIII. En igual sentido, CEPEDA-CASTRO, “Los paramilitares: Dispositivo del modelo “democrático” de control social”, en Linda Helfrich / Sabine Kurtenbach (Eds.). Colombia, caminos para salir de la violencia, págs. 143-144. Lo que afirman estos autores, es algo que ha venido aconteciendo en diversos lugares del país. Paradigmático en tal sentido, es el sector de la Comuna 13 de Medellín, la cual fue objeto de una intervención militar conocida como la “Operación Orión”, en octubre de 2002, mediante la cual el Estado expulsó a los grupos insurgentes que desde diez años atrás hacían presencia en la zona. El Presidente URIBE VÉLEZ en diversas ocasiones ha manifestado que el dispositivo bélico utilizado allí, debe ser replicado respecto del conflicto político armado en otros escenarios urbanos del país. En Buenaventura, llegó a expresar que, “Este problema de la inseguridad y violencia en Buenaventura hay que arreglarlo, pues si lo hicimos en la comuna 13 de Medellín, ¿porqué no lo podemos hacer aquí?” (*El Colombiano*. “Buenaventura vivirá su propia “Operación Orión”, Medellín, 10 diciembre de 2005). Sin embargo, Diego Fernando Murillo, alias “Don Berna”, Jefe de los Bloques Cacique Nutibara y “Héroes de Granada, ante un Fiscal de Justicia y Paz, declaró que los paramilitares bajo su mando apoyaron a la Fuerza Pública en dicha operación, con el conocimiento de los generales que la dirigieron. Véase: Eltiempo.com, “Paramilitares apoyaron a la Fuerza Pública en la operación Orión, dijo ‘Don Berna’ durante audiencia”, en: http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/paramilitares-apoyaron-a-la-fuerza-publica-en-la-operacion-orion-dijo-don-berna-durante-audiencia_5509827-1 (consulta del 25 de junio de 2009); Verdadabierta.com/web3/justicia-y-paz/extraditados/1370-don-berna-volvio-a-senalar-a-montoya-y-gallego (consulta del 23 de Junio de 2009). De esta forma, se corrobora lo que expresara el Cinep, en su investigación sobre la Comuna 13, en el sentido de que lo acontecido allí fue “la aplicación de un modelo de agresión criminal contra la comunidad” y que “[...] no se trató, estrictamente, de una guerra entre dos bandos, se pusieron a prueba estrategias y modalidades de arrasamiento del tejido social y comunitario por la vía de la fuerza (militar y jurídica) para, finalmente, imponer el control social e implantar en el territorio comunal la presencia de un Estado paramilitar”. Banco de Datos de Violencia Política Cinep & Justicia y Paz, *Comuna 13, la otra versión. Noche y Niebla, Caso Tipo No 2*, Bogotá, Cinep, mayo de 2003, pp. 9-10. En idéntico sentido, véase Grupo Interdisciplinario de Violencias y Conflictos del INER-, Dinámicas de guerra y construcción de paz. *Estudio interdisciplinario del conflicto armado en la Comuna 13 de Medellín*, Medellín, Universidad de Antioquia, Universidad de Medellín, Corporación Región e Instituto Popular de Capacitación, 2008, págs. 97 y 135-137.

3.5.7. La demonización de las “drogas ilegales”: origen y causa de los grandes crímenes.

Un argumento recurrente del Gobierno, es atribuirle al consumo de drogas “ilegales” la causa directa de la mayoría de crímenes que se cometen en el país; en efecto:

Hay un clamor en Cali para que se sancione la dosis personal de droga, en toda parte. En estos días los caleños, en toda parte, espontáneamente, se quejan por el problema de la dosis personal de droga, como factor desencadenante de una serie de delitos [...] en un país que fumiga al año 160 mil hectáreas de droga, que este año debe erradicar 50 mil hectáreas de droga manualmente, en un país que ha extraditado en los últimos cuatro años y medio 554 ciudadanos, en un país que tiene una de las legislaciones más severas del mundo para confiscar riqueza ilegítima, creo que todo eso se contradice con esta permisividad al consumo. Hay que entender que la dosis personal de droga, legalizada como está en Colombia, es un factor desencadenante de una gran cantidad de delitos⁹².

En otras ocasiones, se reputa los lugares de expendio, como nichos donde emergen las organizaciones criminales, lo cual facilita el reclutamiento de los jóvenes que a ellas concurren⁹³.

Parece ser que el Gobierno, con motivo del tema, hizo una revolución epistemológica en la Criminología, que le sirve de base para una propuesta, radicalmente nueva, en la Política criminal, por las siguientes consideraciones:

3.5.7.1. Descubrió la variable que la criminología positivista siempre anduvo buscando: el origen de los delitos: ¡Eureka! La respuesta está en los efectos de las drogas ilegales –y sólo éstas– en los consumidores. De ello se deriva una nueva guerra contra este

⁹² Véase: http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2007/abril/25/06252007.htm (Consulta del 20 de mayo de 2009). Véase también el “Editorial” de *El Tiempo*, “Una adicción peligrosa”, once de Mayo 2007. También, el discurso del presidente URIBE VÉLEZ, con motivo de ceremonia de ascensos de subtenientes de la Policía Nacional, el 25 de junio de 2007, donde expresó: “Insistiré en la necesidad de penalizar la dosis personal de droga, porque no comprendemos que en este país, donde se extradita, se confisca, se erradica droga, se paga un sacrificio tan alto por el terrorismo de la droga, haya permisividad con la dosis personal, que induce al crimen”. Véase: http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2007/junio/25/10252007.htm (consulta del 20 mayo de 2008).

⁹³ “Según manifestó Santos esos expendios de droga se convierten en una especie de origen de la criminalidad”, “alrededor de esos expendios de drogas es que nacen las pandillas, que después se vuelven bandas delincuenciales”. *El Espectador*, “Ministros Santos y Valencia Cossio critican la despenalización de la droga”, trece de febrero 2009.

novísimo enemigo público, portador de todos los peligros, digno de absoluto rechazo, merecedor de los máximos castigos. Pero el poder, es piadoso, porque apenas les va a imponer internamientos coactivos en centros terapéuticos. La invención de este tipo de terapia-castigo, se explica por lo siguiente: “Hay un debate profundo de qué debe hacerse: prevención o sanción. En mi concepto no son excluyentes. Hay científicos que aseveran que es mucho más eficaz la prevención cuando está acompañada de la sanción. Ahora: el Gobierno le ha aceptado al Congreso de la República que la sanción no sea pena privativa de la libertad”⁹⁴.

Definitivamente, se está en presencia del “gobierno por medio del crimen”, a través de la construcción de enemigos útiles, como señala NILS CHRISTIE:

Las guerras no siempre son tan malas para aquellos que no están obligados a pagar el precio más directo de participar en ellas. Los enemigos no son siempre una amenaza, pueden ser de suma utilidad. Los enemigos congregan, permiten que las prioridades se cambien, hacen posible que se concentre la atención alrededor de ciertos problemas y que se olvide todo lo demás. (...). Los buenos enemigos son odiados por la población, cuanto más odiados, son mejores. Eso une a la población. Los buenos enemigos lucen fuertes. Eso moviliza. Pero en realidad, el enemigo debe ser más bien débil, de manera que no represente un peligro real para los que están en el poder. Los buenos enemigos no están claramente definidos. Eso permite mantener una guerra indefinidamente. Algunos de ellos pueden incluso ocultarse en la oscuridad. Pero debe haber algún tipo de realidades encerradas en el peligro que represente el enemigo. Las drogas tienen todas las características necesarias para funcionar como enemigos convenientes. Existe un peligro real en las drogas, algunos se vuelven fuertemente adictos, viven vidas miserables, o mueren. Pero al mismo tiempo, sabemos que los verdaderos asesinos, por lo menos en Estados Unidos de América y en Europa, son las sustancias como el alcohol y el tabaco⁹⁵.

Pero aún puede preguntarse ¿por qué los sistemas punitivos tratan como enemigos a tantas personas, tan “insignificantes” para el poder en cuanto no representan peligro para su “orden público”, ni para la seguridad de su soberanía y de sus instituciones? ZYGMUNT BAUMAN explica esta selectividad y ensañamiento:

La espectacularidad -la versatilidad, severidad y presteza- de las operaciones punitivas es más importante que su eficacia, la cual, dada la desidia de la

⁹⁴ Véase: http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2007/abril/25/06252007.htm (Consulta del 20 de mayo de 2009).

⁹⁵ CHRISTIE, “El derecho penal y la sociedad civil”, en AA. VV., págs. 51-54.

atención pública y el corto alcance de su memoria, rara vez se pone a prueba. Incluso es más importante que el volumen real de delincuencia detectada y denunciada; aunque, desde luego, es útil que de vez en cuando se lleve a la atención del público un nuevo tipo de delito que resulte ser odioso y repugnante además de ubicuo, y que se lance una nueva campaña de detección/castigo, ya que esto ayuda a concentrar la mente general en los peligros que representan la delincuencia y el delincuente, y le impide preguntarse por qué, a pesar de tantas medidas policiales que prometían conseguir la anhelada Sicherheit, uno se siente tan inseguro, perdido y asustado como antes⁹⁶.

3.5.7.2. La relación causal que el Gobierno pregona entre el consumo de drogas “ilícitas” y los delitos, obliga a formular las siguientes preguntas: ¿dónde están las investigaciones que confieren aval a esta tesis? ¿El consumo de drogas sirve para explicar la criminalidad asociada al caso de la “Yidispolítica”, de los “falsos positivos”, de la “parapolítica”, de interceptaciones ilegales de las comunicaciones por parte del DAS, del desplazamiento forzado que afecta a más de cuatro millones de colombianos, de la corrupción en la contratación pública o de la articulación de personas a los grupos insurgentes, para no mencionar sino algunos crímenes que hoy tienen algún grado de visibilidad? La respuesta a este último interrogante, por mucho analfabetismo político que se ostente, no puede sino ser negativo, con lo cual se deja en evidencia la funcionalidad política del prohibicionismo en este específico asunto.

3.5.8. Quiénes son los beneficiarios: ¿los empresarios “morales” o el capital?

El recurrente interés de regular la “dosis personal” dentro del sistema penal por parte del actual Gobierno, es interpretado por algunos como manifestación de una cruzada de “empresarios morales”, esto es, de actores sociales que prevalidos de su poder político quieren imponer sobre todos los demás su moral particular, incluso haciendo uso de la dimensión simbólica del sistema penal, para reforzar o institucionalizar sus propias concepciones que atañen a la esfera privada de las personas.

Varios pronunciamientos del Presidente ÁLVARO URIBE VÉLEZ parecieren darle validez a esta tesis en el caso concreto del consumo de drogas ilegales:

⁹⁶ BAUMAN, *La Globalización*, Op.cit., pág. 155.

Colombia no puede tener esa contradicción ética de ser muy severo con producción, con tráfico, con bienes ilícitos, y al mismo tiempo ser totalmente laxo, permisivo con el consumo [...] es muy grave que en este país muchos de los que critican el narcotráfico den el mal ejemplo de consumir drogas y que esa dosis personal no se pueda sancionar⁹⁷.

No hay derecho que mientras aquí hay soldados mutilados porque están cuidando a los erradicadores de droga, se permitan reuniones sociales con dosis personal de droga en virtud de una interpretación errónea del libre desarrollo de la personalidad⁹⁸.

Con ocasión de la clausura en Cartagena de la Cumbre de lucha contra las drogas, el Presidente Uribe Vélez, llegó a expresar que,

Tenemos que sancionar la dosis personal de droga. Es una vergüenza para nuestro país que digan ‘vamos a hacer turismo en Cartagena para comprar droga’, vamos a hacer turismo a Bogotá para comprar droga’. Esa indulgencia que hay aquí con la dosis personal nos afecta⁹⁹.

No obstante si se analiza de manera sistemática el ordenamiento jurídico, las consecuencias de convertir en hecho punible la conducta, permite vislumbrar que este proyecto, además de una lucha por “hegemonías” en el terreno de la moral¹⁰⁰, con consecuencias para las libertades democráticas, comporta importantes beneficios a favor

⁹⁷ Véase, *El Tiempo*, “Por tema de dosis mínima, Álvaro Uribe recrimina fuertemente al Fiscal General”, 23 febrero 2009. Unos pocos días después, el editorial de *El Colombiano*, adhiere a esta tesis: “Sería miope e irresponsable que el país continuara apoyando la tesis del libre desarrollo de la personalidad, como un argumento para no procurar una reforma legal que prohíba el consumo de la dosis personal. La libertad es la facultad de hacer lo que debe hacerse y no lo que el individuo desee, ejecutando hechos que conduzcan a su degradación personal y social. Libertad no puede confundirse con libertinaje”. *El Colombiano*, “Sí penalizar la dosis mínima”, 26 de febrero de 2009.

⁹⁸ *El Espectador*, “Por quinta vez, Uribe intentará penalizar consumo de droga”, 19 de Mayo 2008.

⁹⁹ *El Colombiano*, 1 agosto 2008.

¹⁰⁰ Es una hegemonía en disputa, porque como lo dice ITURRALDE, “Lo que resulta inmoral e incoherente es que, probada la ineficacia y el costo absurdo de la guerra contra las drogas, no sólo se persista en ella sino que se profundice llevándola a los consumidores. Esto equivale a decir que aunque tomamos el camino equivocado, como ya hemos andado buena parte de éste, debemos recorrerlo todo, hasta sus últimas consecuencias y llevándonos por delante a quien se atraviese. La decisión razonable es replantearse la política con respecto a las drogas y buscar medidas que sean más efectivas que las puramente represivas”. Cfr. “Falacias de la penalización de la dosis mínima”, en <<http://www.semana.com/noticias-opinion-on-line/falacias-penalizacion-dosis-minima/122138.aspx>> (consulta de 27 de marzo 2009).

de sectores de la economía, que hasta el presente han trasegado de manera prudentemente silenciosa¹⁰¹.

Si tanto el mero consumo como la dependencia a las drogas “ilegales” son erigidos a la condición de hecho punible y sancionados así sea con “medidas terapéuticas”, que es lo que se pretende con el Proyecto analizado, tal circunstancia daría a los patronos la oportunidad para aducir que se está en presencia de una causa justa de despido, respecto de los trabajadores que realicen la conducta o tengan la condición de dependientes. Diversos supuestos del Código Sustantivo del Trabajo, consagrados en el artículo 62, que regula precisamente las justas causas de despido, podrán aducirse con el paradigma prohibicionista, entre otras causales, las siguientes: que se trata de un “acto inmoral o delictuoso” (numeral 5°), el arresto correccional fue por tiempo superior a 8 días (numeral 7°), o el “vicio” del trabajador afecta la disciplina del establecimiento (numeral 11). Por tal motivo, la regulación en términos punitivos, servirá para garantizar la disciplina de trabajo y mayor rentabilidad o lucro de la actividad económica.

Así mismo, el Proyecto prescribe que todos los casos serán sometidos a la valoración de un tribunal mixto, como parte de la jurisdicción del Estado, y las instituciones “adaptadas para los fines propios de la prevención y la rehabilitación”, estarán igualmente a cargo del Estado”. Si estamos en lo cierto, el Proyecto comporta un considerable ahorro a las entidades privadas vinculadas al sistema integral de seguridad social, por cuanto hasta el presente y con amparo en la normatividad constitucional y legal, el conflicto de la dependencia a las drogas ilegales –y también las legales–, se asume como enfermedad crónica, lo cual obliga a que su tratamiento sea de la competencia del sistema de la seguridad social. Y este sistema también está en la obligación de acometer campañas de prevención respecto del consumo y abuso de drogas, como es lo propio

¹⁰¹ Sin embargo, los costos de un enfoque no prohibicionista, propios del Estado Social de Derecho, cuyas políticas públicas privilegien la prevención y la rehabilitación, no es ignorado por el Gobierno de URIBE VÉLEZ, el cual llegó a expresar que, “El costo asociado con el consumo de drogas, generado por la pérdida de capital humano, pérdida de productividad laboral y escolar, gastos en atención de emergencias y tratamiento, se estima en \$ 750.790 millones de pesos (Cálculos de la Dirección de Justicia y Seguridad, Departamento Nacional de Planeación)”. Departamento Nacional de Planeación, Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, en: <http://www.presidencia.gov.co/planacio/cap2.htm#1> (Consulta de junio 20 de 2009).

respecto de toda situación que genere riesgo de enfermedad. Con el proyecto, tanto los programas preventivos, como terapéuticos y de rehabilitación, pasan a ser responsabilidad exclusiva del Estado.

No obstante, lo más grave es que cuando la ley convierta en hecho punible la conducta, así la misma no se aplique o lo sea marginalmente, tal circunstancia bastará para excluir a todos de las posibilidades que les brinda la seguridad social, porque obviamente nadie pedirá los servicios de cualquier naturaleza que esta presta, porque el hacerlo será un reconocimiento explícito de la responsabilidad penal, y prueba suficiente para su condena. La política prohibicionista comporta entonces, una grave afectación del derecho a la salud de los usuarios de drogas “ilegales”, al hacerles imposible el acceso a los servicios necesarios para prevenir su afectación o lograr su restablecimiento. Esta tesis ha sido cabalmente expuesta por un grupo de magistrados de la República de Argentina, ante la reforma de la Ley de Estupefacientes en su país, que por su similitud con el caso colombiano, merece citarse en lo que es pertinente:

[...] la prohibición del consumo a través de la represión de la tenencia de estupefacientes margina al usuario de drogas y condiciona su contacto con las instituciones sanitarias u otros organismos de asistencia social, ya que los identifica con la agencia policial; representándose el peligro concreto de ser detenidos. Ello los aleja de los centros de atención, privándolos no solamente de la acción terapéutica necesaria por su consumo, sino también de la atención médica que urgen otras patologías (hepatitis B y C, Sida, cáncer; endocarditis, embolias, abscesos pulmonares, etc.) y la posibilidad de recibir información acerca de cómo evitarlas (Por ejemplo en relación al virus HIV el uso de condones, la no utilización de jeringas compartidas, descontaminación de agujas, etc.). Que la pretendida solución de un problema social complejo a través del sistema penal, resulta violatoria del derecho al acceso a la salud, el que sólo es posible como lo ha señalado el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación 14), si los miembros de una población tienen a su alcance establecimientos bienes y servicios que lo posibiliten¹⁰².

3.5.8. La lucha por el mercado de los votos.

En su primera candidatura para el período presidencial 2002-2006, ÁLVARO URIBE VÉLEZ presentó su programa político en el llamado

¹⁰² Véase: <http://www.pensamientopenal.com.ar/16032009/actualidad02.pdf> (consulta de junio 20 de 2009).

“Manifiesto Democrático”¹⁰³, y en él no existe referencia alguna al consumo de drogas y, obviamente, tampoco una propuesta criminalizadora para el mismo. Iniciado su primer período presidencial presentó el documento “Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006. Hacia un Estado Comunitario”, en el cual se formula una estrategia para el consumo de drogas integral, preventiva, participativa, no prohibicionista, que pretende abarcar los campos “educativo, laboral, familiar y comunitario, con la activa participación de la ciudadanía y las entidades gubernamentales y no gubernamentales que trabajan el tema”¹⁰⁴. Este documento, llegaría a convertirse luego en la Ley 812 de 2003, “Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”¹⁰⁵, que sobre el consumo sólo expresa que el Consejo Nacional de Estupefacientes “orientará la política de prevención y tratamiento” y que los bienes incautados al narcotráfico “serán empleados también para atender drogadictos, en sus necesidades clínicas y terapéuticas, con asistencia social correlativa: alojamiento y manutención hasta su recuperación total”. Finalmente, y como ya se había indicado antes, en el Proyecto inicial de Referendo no se incluyó pregunta alguna relativa al consumo de drogas ni al narcotráfico, lo cual sólo vino a acontecer después a la mitad del debate sobre el mismo (Véase, supra, II, 4).

Con estos referentes cabe preguntar por las circunstancias que condujeron a que el tema del consumo de drogas ilegales pasara a ser fundamental en la agenda política del Gobierno y que el enfoque prohibicionista se erigiera hegemónico en ella. Varias razones

¹⁰³ ÁLVARO URIBE VÉLEZ, *Manifiesto Democrático - 100 Puntos*, en: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85269_archivo_pdf.pdf (Consulta de mayo 10 de 2009).

¹⁰⁴ “Un primer elemento de la estrategia es la creación del Sistema nacional de prevención integral del consumo de sustancias psicoactivas, que se encargue de la coordinación, desarrollo y fortalecimiento de las políticas, planes y estrategias de prevención del consumo que adelantan las diferentes instituciones del orden nacional, regional y local. Adicionalmente, se robustecerán las medidas que controlen a los centros o instituciones de atención, tratamiento y rehabilitación integral del consumo de sustancias psicoactivas, tanto públicas como privadas. Se impulsará la investigación, la evaluación y los sistemas de información, esenciales en la toma de decisiones y seguimiento de políticas relacionadas con la prevención, tratamiento y rehabilitación. Finalmente, el Gobierno Nacional continuará en la búsqueda de cooperación internacional, para intercambiar experiencias con otros países en la implementación de políticas frente al consumo”. Departamento Nacional de Planeación, Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, en: <http://www.presidencia.gov.co/planacio/cap2.htm#1> (Consulta de junio 20 de 2009).

¹⁰⁵ Véase, *Diario Oficial*, año CXXXIX, N° 45231, del 27 de junio de 2003.

concurrer a explicar esta situación: el fundamentalismo moral, el ser mal perdedor sumado al convencimiento de tener capacidad de “persuasión” en el Congreso, para vencer sus resistencias¹⁰⁶, lo que explicaría que por siete ocasiones presentara la misma iniciativa. Pero el mayor peso de la explicación recae en los réditos de legitimación política y de carácter electoral que se pueden derivar de esta propuesta.

A favor de esta conclusión está el hecho de haberlo integrado como pregunta del referendo, cuando de manera desesperada se analizaron temas que pudieran sumarle votos, ante el riesgo de no llegar a contar con los suficientes, forzando la situación al no guardar conexidad con los temas que eran centrales de la iniciativa (véase supra, II, 4.4). Así mismo, el retomarlo como asunto importante de su campaña para la reelección al cargo de presidente, reputando que le era favorable en términos electorales, dado que su propuesta contrastaba de manera radical con la del candidato del partido de oposición¹⁰⁷. Desde luego, no se puede desconocer que el Presidente Uribe Vélez continúa en campaña, lo cual guarda correlación con los esfuerzos actuales en pro del proyecto de referendo para su nueva reelección.

Si hay expectativas de réditos electorales es porque el Gobierno ha logrado verificar que el asunto, en la representación pública, constituye un problema de importancia, que existe una demanda de que el Estado tome la iniciativa y formule una política pública que resuelva u otorgue un tratamiento adecuado a las repercusiones más graves que de él se derivan. A esta demanda ciudadana siempre ha aludido el Gobierno, pero interpretándola en el sentido de que el “clamor popular” es por la criminalización del consumo de drogas. Este es el marco contextual que sirve de justificación al Proyecto que se analiza, el cual dice así en uno de sus considerandos:

¹⁰⁶ Entre los elementos de “persuasión”, cabe destacar la disponibilidad de cargos públicos para premiar las lealtades expresadas en votos, como se vino a demostrar con los procesos penales contra los congresistas Yidis Medina y Teodolindo Avendaño, y la denuncia del ex superintendente de Notariado y Registro, Manuel Cuello Baute, sobre la entrega de Notarías a congresistas como contraprestación a su voto a favor de la reelección. Véase: *Semana.com*, “El ventilador de las notarías”, en: <http://www.semana.com/noticias-politica/ventilador-notarias/125628.aspx> (consulta del 26 de junio de 2009).

¹⁰⁷ Se alude al exmagistrado de la Corte Constitucional, Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, ponente de la sentencia C-221 de 1994 que descriminalizó el consumo, quien fue el candidato presidencial para el período 2002-2006, por el Polo Democrático Alternativo.

Es el clamor popular que ha recogido el Presidente de la República a lo largo de 6 años de gobierno en cada uno de los consejos comunales realizados en toda la geografía colombiana, para que se sancione el porte y consumo de drogas, conducta lesiva para la salud de la persona, de su núcleo familiar, de la comunidad en general, y particularmente según las estadísticas brindadas por diferentes fuentes, para la juventud¹⁰⁸.

A ese “clamor popular” por el prohibicionismo ha aludido el Presidente Uribe Vélez, en muchas ocasiones anteriores:

Un gran reclamo de la base popular de la Nación tiene una queja profunda por la permisividad del consumo en el país (...) por ejemplo en Bosa - Bogotá me dijeron que los niños salen a jugar; y rápidamente los enganchan para distribuir cocaína y marihuana¹⁰⁹.

[...] éste ha sido un clamor nacional y por eso no puede dejar de pedirle al Congreso de la República que penalice la dosis mínima¹¹⁰.

Pero la necesidad de reconocimiento y de legitimación política también se da en el contexto de las relaciones internacionales y la política criminal prohibicionista respecto del consumo se hace útil para ello. El Gobierno Nacional, ante el 52° período de sesiones de la Comisión de Estupefacientes, realizado en Viena en Marzo de 2009, se presentó así:

Colombia ha sustentado en la coherencia sus políticas en la lucha contra las drogas, la criminalidad, el terrorismo y las amenazas a la salud pública. Esa coherencia se ve reflejada en el mensaje, que de manera consistente y reiterada, Colombia ha venido enviando

¹⁰⁸ Proyecto de Acto legislativo, “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”, Op.cit.

¹⁰⁹ Cit. por ALEJANDRO GAVIRIA, “Contra el paternalismo”, *El Espectador*, 28 Marzo de 2009.

¹¹⁰ ESPEJO, “Gobierno volverá a insistir en penalización de dosis personal”, en *El Espectador*, cuatro de diciembre de 2008. En igual condición, varios de los miembros de su gabinete: Por ejemplo, CARLOS HOLGUÍN SARDI, como Ministro del Interior y de Justicia, expresó que la reforma constitucional para criminalizar el consumo de drogas ilegales, “es un clamor de las madres de familia [...] la angustia que está viviendo la familia colombiana, viendo como sus niños y adolescentes se van por el camino de la droga” (Cfr. *El Espectador*, “No hay consenso en torno a la penalización. Dosis personal, ¿sin futuro?”, Julio 22 de 2008); y, JUAN MANUEL SANTOS, en condición de jefe de la cartera de Defensa, con motivo de las controversias suscitadas con el anteproyecto que se analiza, dijo: “[...]ojalá ellos tuvieran la oportunidad de venir a las ciudades colombianas y hablar con la gente para darse cuenta que en cualquier consejo de seguridad, en cualquier contacto con la comunidad, lo primero que sale a relucir, dentro de los problemas de seguridad” (cfr. *El Espectador*, “Ministros Santos y Valencia Cossio critican la despenalización de la droga”, 13 Febrero de 2009).

a la comunidad internacional, para hacer mayores esfuerzos en la reducción de la demanda, consecuente con esta premisa nuestro país no ha asumido ni puede asumir una postura permisiva frente al consumo interno, el cual también acaba por incentivar la oferta¹¹¹.

Este es un discurso recurrente y a manera de prueba sumaria, debe citarse una de las tantas intervenciones del Presidente URIBE VÉLEZ, en igual sentido:

Es preciso penalizar el consumo de la dosis personal, tanto para proteger a los colombianos como para mostrarle al mundo que no aceptamos el uso de drogas ilícitas. Sólo así podemos exigir una estrategia global contra la cadena del narcotráfico. Es un contrasentido pedirle al resto de países que frene el consumo, cuando en Colombia lo permitimos, así sea en la dosis mínima¹¹².

Respecto de los discursos transcritos, caben las siguientes observaciones:

3.5.8.1. No se puede negar que muchos núcleos familiares, sectores educativos, dirigentes populares y comunitarios, profesionales del área de la salud, registren como problema el incremento del consumo de drogas, especialmente cuando se trata de niños y jóvenes. Asimismo, es frecuente que los habitantes, especialmente de los barrios populares de las ciudades grandes y medianas, establezcan la correlación entre los “drogadictos” y la “inseguridad ciudadana”, porque asumen que quienes se encuentran en tal condición, su sobrevivencia sólo se garantiza con delitos contra el patrimonio, lo cual genera una vulnerabilidad de los habitantes en los espacios públicos de manera permanente, fuera del relajamiento de los “frenos inhibitorios” que los hacen propicios a todas las “fechorías”. Y con mayor razón se preocupan cuando ven proliferar en sus barrios lugares de expendio de drogas, de manera permanente. Todo esto explica que de parte de todos ellos exista un reclamo para que el Estado intervenga respecto a estos conflictos, que muchas veces rebasan los controles informales que las familias y las comunidades han construido para regular con sus propios medios los conflictos.

¹¹¹ Cit. en Proyecto de Acto legislativo, “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”, Op.cit.

¹¹² Cit. en *El Colombiano*, “Sí penalizar la dosis mínima” (Editorial), febrero 26 de 2009.

Tan extendida puede ser la representación del consumo y la dependencia a las drogas como problema, que en muchos territorios del país los actores armados ilegales (por ejemplo, la guerrilla, las milicias, el paramilitarismo), en el proceso de conquista o consolidación territorial comienzan ejerciendo prácticas punitivas contra personas conocidas públicamente como consumidoras o “adictas”, que van desde la “pena de muerte”, el desplazamiento forzado o penas infamantes, e incluso ya consolidados, regulen el consumo definiendo áreas concretas, no visibles para la comunidad, como perímetro exclusivo para el consumo. Y ello no es gratuito, por cuanto el ejercicio de esta violencia, comporta réditos de legitimación ante la población, porque les permite a los actores armados representarse como soberanos, con monopolio de la coerción, garantes del orden, la convivencia y de la moral pública, gracias a sistema de justicia expedido y eficaz que han implementado¹¹³.

En los barrios marginales de ambos tipos de ciudades las células de las autodefensas eliminaban sistemáticamente a los delincuentes comunes y a individuos “indeseables” del estilo de atracadores de esquina, drogadictos e indigentes. Lo que en medios de comunicación se hacía referencia como “operaciones de limpieza”, en realidad eran acciones de grupos criminales dirigidas a obtener el monopolio de la violencia sobre un vecindario y de paso enviar un mensaje psicológico de protección y justicia a sus habitantes. Después de las matanzas, las células de la red comenzaban un trabajo político y militar de organización de la comunidad¹¹⁴.

Estas prácticas, que cosifican a los consumidores y dependientes de las drogas, que los aniquila, que los violenta por razones de legitimación política, es una forma de populismo punitivo muy particular, que rige la cotidianidad de las vidas de muchos

¹¹³ Véase: SALAZAR J., “La criminalidad urbana: Actores visibles e invisibles”, en *Revista Foro*, N° 22, pág. 41 y 42; JARAMILLO A., “Milicias Populares en Medellín: Entre lo público y lo privado”, en *Revista Foro*, N° 22, págs. 28, 32-33; PÉCAUT, *Guerra contra la sociedad*, págs. 201-202; GUTIÉRREZ SANÍN, “¿Ciudadanos en armas?”, en *Las violencias: inclusión creciente*, págs. 196- y 197; MOLANO, “La justicia guerrillera”, en *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*. tomo II, pág. 343; AGUILERA PEÑA, “Justicia guerrillera y población civil, 1964-1999”, en: *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomo II, págs. 393-394 y 418 – 419.

¹¹⁴ DUNCAN, *Los señores de guerra*, pág. 339. ALFREDO MOLANO recoge la entrevista a un actor insurgente, quien señala que estas prácticas punitivas pueden obedecer a la sospecha que les genera el consumo de determinadas sustancias, que hacen a la persona especialmente vulnerable: “Al comando habían llegado muchas quejas de la gente sobre ellos. La principal era que no se les veía hacer nada. Pero también que eran peleadores, embusteros, groseros y que Joel era bazuquero. El bazuco lo tenemos prohibido desde hace mucho y es una falta grave, porque de ahí salen los ladrones y de los ladrones -porque les gusta mucho la plata- salen los sapos” (cfr. “La justicia guerrillera”, Op. cit., pág. 343).

colombianos¹¹⁵. Pero un Estado Social y Democrático de Derecho, que debe buscar legitimación en los términos éticos y políticos que tal modelo jurídico le impone, tiene que proceder de manera muy diferente.

Y, desafortunadamente, no es este el caso de la iniciativa de reforma constitucional objeto de este comentario, que pretende que el Estado instaure un trato al conflicto, que no difiere en gran medida del dispensado por sus reales y presuntos opositores armados. Y esto se expresa por plurales razones: i) es una simple mascarada que no trata las causas profundas del conflicto, y lo que termina es favoreciendo su agudización, al deslegitimar, desmontar e inocular prácticas preventivas, educativas y terapéuticas de contenido democrático, propias de los controles sociales no punitivos; ii) violenta importantes derechos de las personas que consumen o son dependientes de las drogas “ilegales”, como el derecho al trabajo, a la salud, a la libertad; iii) con el ropaje falaz de una paternal y benefactora protección a quienes consumen y dependen de las drogas, se legitima el despotismo, y construye un “hueco negro” con proclividad y capacidad de hacer desaparecer todas las libertades y derechos caros al modelo jurídico-político del Estado constitucional de derecho¹¹⁶.

¹¹⁵ El concepto de “populismo punitivo” tiene plurales significados, según los autores y las corrientes criminológicas. Originariamente, lo formuló ANTHONY BOTTOMS para referirse al uso del derecho penal con fundamento en tres apotegmas: las mayores penas pueden reducir el delito, las penas contribuyen a reforzar el consenso moral existente en la sociedad y hay unas ganancias electorales producto de este uso. Véase, LARRAURI, “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia*, N° 55, págs.15-22. Aquí se reformula el concepto para comprender, además del incremento de las penas por la ley estatal, el proceso de criminalización de conductas de la ley estatal y las prácticas punitivas de otros actores que en territorialidades bélicas ejercen soberanía, con los respectivos monopolios de la coerción, los impuestos y la administración de justicia; desde luego, el consenso que se pretende reforzar, no es exclusivamente moral, sino también de carácter político y los réditos por su uso no se encuentran circunscritos a lo electoral, sino que puede abarcar la legitimación política en el orden interno y externo, y la gobernabilidad. Sobre el problema conceptual de los sistemas y prácticas punitivos de los actores armados que confrontan al Estado, véase: PÉREZ TORO, “Guerra y delito en Colombia”, en *Estudios Políticos*, N° 16, págs. 11-41; del mismo, “Lícito e ilícito en territorios de conflicto armado”, en *Espacios Urbanos no consensados*, págs. 75-106; LONDOÑO BERRÍO, *Legalidad, legitimidad y efectividad de los sistemas punitivos*.

¹¹⁶ No cabe duda que consideraciones de carácter moral, son los argumentos más socorridos para legitimar coerciones contra la libertad religiosa, de pensamiento, científica. En Colombia, las mismas han sido determinantes (subyacen a) en la criminalización de todos los supuestos de aborto, la eutanasia y han aflorado en forma reciente, en iniciativas legislativas, de criminalización del adulterio, etc. Sobre este debate en general, Cfr. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, Op.cit., págs. 175-180.

Y todas estas afrentas y dolores se infligen en función de “marketing político”, o en otras palabras, para lograr legitimación política y réditos electorales. Ello por cuanto con la criminalización, el juicio de responsabilidad se centra de manera exclusiva en el individuo, con lo cual al modelo económico político –e incluso, los beneficiarios del mismo– se sustrae de la atención pública, y nadie se interroga si este es causa de la marginalidad, la exclusión, la miseria y la discriminación, si los valores hegemónicos ayudan o no a configurar un recio tejido social, lazos de solidaridad y sentido a la existencia, y si todo esto guarda correlación con la conducta criminalizada. De esta forma la “culpa” recae de manera exclusiva en el individuo y la violencia que se le impone a través de la pena, viene entonces a restablecer la confianza de todos los ciudadanos en el sistema¹¹⁷. Los “chivos expiatorios” seleccionados entre los más vulnerables, terminan siendo cosificados por sistema punitivo, por ser funcionales para aplacar las demandas de “seguridad” y “orden” que la “opinión pública” le formula al sistema, para que “la comunidad” se sienta confiada y segura en éste, legitime su existencia y los agentes e instituciones que lo representan.

3.5.8.2. Erigir como criterio fundamentador del derecho penal a la “opinión pública”, el “clamor popular” o el “sentir de la comunidad”, es asumir como cierto e indiscutible el paradigma consensual de la sociedad colombiana, que la concibe sin intereses antagónicos, sin desigualdades materiales, sin diversidad cultural, no pluralista y sin clases sociales. Es sólo sobre esta falacia que aquellas expresiones pueden jugar un papel en la materia tratada. E incluso en el supuesto

¹¹⁷ Al respecto, DAVID GARLAND, establece la correlación entre el programa neoliberal, la paulatina desaparición del Estado Social y la conflictividad sobreviviente, con las nuevas explicaciones sobre el delito y las “desviaciones”: “El delito -junto con las conductas asociadas a la underclass como el uso de drogas, el embarazo adolescente, las madres solteras y la dependencia del welfare- comenzó a funcionar como una legitimación retórica de las políticas sociales y económicas que castigaban efectivamente a los pobres y como una justificación para el desarrollo de un fuerte Estado disciplinario. En el discurso político de este período, fueron completamente desacreditadas las explicaciones sociales sobre el problema del delito. Según se decía, tales explicaciones negaban la responsabilidad individual, excusaban las faltas morales, diluían el castigo, alentaban las malas conductas y, en este sentido, eran emblemáticas de todo lo que tenía de errado el welfarismo. El delito pasó a ser considerado, en cambio, como un problema de indisciplina, de falta de autocontrol o de control social, un asunto de individuos malvados que “debían ser disuadidos y merecían ser castigados. En lugar de ser un indicador de necesidades o privaciones, el delito era una cuestión de culturas o personalidades antisociales, así como de elecciones racionales individuales frente a una laxa aplicación de la ley y unos regímenes de castigo blandos” (Cfr. *La cultura del control*, pág. 177).

de que la opinión, el clamor o el sentir sean verificables y unívocos en el caso concreto, de todas formas cabe objetar que los mismos pueden ser sesgados, prejuiciosos e injustos, por ser susceptibles de manipulaciones por parte de los diversos actores que se disputan los campos jurídico y político (por ejemplo, el gobierno, la clase política, los gremios económicos, los medios de comunicación, Estados extranjeros, organismos internacionales, etcétera), cuyos intereses pueden motivar a una atención sesgada de la comunidad sobre determinadas actores, conductas o sustancias y correlativamente, una apatía, indiferencia e incluso, la convalidación de otros actores, conductas o sustancias, adscritos a los poderes dominantes, garantizando para ellos la impunidad, todo lo cual ha sido puesto al descubierto por la criminología liberal y, más fuertemente, la crítica¹¹⁸.

Para corroborar esta tesis, el Presidente en uno de los discursos ya citados, alude a que en el municipio de Bosa, recogió el “reclamo popular” supuestamente para que impulsara una iniciativa para prohibir el consumo de drogas ilegales. Pero lo admirable es que ninguna persona le hubiere manifestado que en esa misma localidad, se venía presentando la desaparición de muchos jóvenes, los mismos que luego fueron encontrados asesinados y presentados por miembros del Ejército como “dados de baja” en enfrentamiento militar. ¿Será entonces posible que en esa oportunidad el Presidente Uribe Vélez, no hubiera escuchado de parte de la comunidad ninguna referencia a este asunto?¹¹⁹ ¿O será que el poder define lo que es o no materia de noticia, lo que es o no un problema público, lo que es o no un “clamor popular” que merece ser escuchado?

3.5.8.3. La rentabilidad en términos electorales del tema ha colonizado la actual campaña para la presidencia en el período 2010-2014, especialmente como medio para medir el grado de “Uribismo” de las opciones presidenciales. Tal es el caso por ejemplo de ANDRÉS

¹¹⁸ Respecto a la opinión pública, en sentido crítico, véase: BARATTA, “Seguridad”, en *Criminología y sistema penal*, pág. 213.

¹¹⁹ Amnistía Internacional, en su Informe de 2009, sobre estos hechos, expresa: “El homicidio de decenas de jóvenes en Soacha, cerca de la capital, Bogotá, obligó al gobierno a reconocer finalmente que las fuerzas de seguridad eran responsables de ejecuciones extrajudiciales. Según los informes, el homicidio de estos jóvenes – presentados falsamente por las fuerzas armadas como “guerrilleros muertos en combate”– se llevo a cabo en connivencia con grupos paramilitares o bandas de delincuentes. Como consecuencia del escándalo, en octubre fueron destituidos de las fuerzas armadas 27 oficiales, incluidos 3 generales, y en noviembre el comandante en jefe del Ejército, el General Mario Montoya, que había estado relacionado con violaciones de derechos humanos, tuvo que dimitir”.

FELIPE ARIAS, ex ministro de la cartera de agricultura y ahora precandidato por el partido conservador, quien para demostrarse como legítimo heredero de la “seguridad democrática”, toma las banderas del prohibicionismo en materia de consumo de drogas ilegales. En reciente entrevista, expresó:

La despenalización de la dosis personal está siendo aprovechada por los traficantes de drogas de nuestro país, que trafican libremente por dosis personales [...] no puede ser que Colombia sea el país que ha hecho el sacrificio más grande en la lucha contra el narcotráfico. Todo para que en la calle se permita la venta dosificada de drogas. [...] Lo que está buscando el Gobierno es, precisamente, ejercer una protección coactiva para proteger a la sociedad y al consumidor mismo de los efectos de la droga [...] ¹²⁰.

Las líneas transcritas evocan el análisis crítico que hace EUGENIO RAÚL ZAFFARONI de la nueva legislación autoritaria, caracterizada por un discurso populachero, vindicativo y völkisch, que luego de verificar con una investigación mercado los réditos electorales derivados de una política criminalizadora, hace del poder punitivo una mercancía más para la captura de la clientela de los votos:

Como el estado desapoderado de los países llevan la peor parte en la globalización no puede resolver los problemas sociales serios, sus políticos optan por simular que los resuelven o que saben cómo hacerlo, se vuelven maneristas, afectados, la política pasa a ser un espectáculo y el estado mismo se convierte en un espectáculo. Los políticos –presos en la esencia competitiva de su actividad- dejan de buscar lo mejor para preocuparse sólo por lo que pueda transmitirse mejor y aumentar su clientela electoral [...]

El signo de la legislación autoritaria cool de nuestros días es la opacidad, la tristeza, la depresión, la mediocridad, la falta de creatividad, la superficialidad, la irrespetuosidad al ciudadano: es simplemente la decadencia ¹²¹.

3.5.8.4. Criminalizar el consumo de “drogas ilícitas” para expresarle al mundo que el Estado colombiano rechaza esta conducta, es patrocinar un derecho penal simbólico, sin referencia a un bien jurídico respecto del cual se haya acreditado que es merecedor y necesitado de tutela penal, y que el derecho penal está en condiciones de otorgársela. De esta forma se desconocen los límites materiales que condicionan

¹²⁰ *El Espectador*, “¿Por qué penalizar o no la dosis mínima de drogas?”, marzo 25 de 2009. Polo Democrático Alternativo.

¹²¹ ZAFFARONI, *El Enemigo en el Derecho Penal*, pág. 99-100.

la validez del mismo, simplemente para ostentarlo al mundo una imagen que no se corresponde con nuestra realidad ni con lo que somos, esto es, que en nuestra sociedad existen las drogas y que en algunos casos se ha convertido en un problema de salud pública. Pero este drama pertenece a muchas sociedades, tanto centrales como en la periferia del capitalismo, y muchas de ellas tienen respecto de la prohibición del conflicto, un concepto desfavorable, por ser una política pública que reputan contraproducente, ineficaz y despótica y en contradicción con los principios del Estado social y democrático de derecho. El contradecir estos postulados, por ignorancia o por falta de voluntad política, es lo que nos debe dar vergüenza.

Ostentar con una política prohibicionista en el contexto internacional, a veces simplemente es el producto de una actitud servil propia de “soberanías hipotecadas”¹²²; en otras, tiene como función latente el interés del Gobierno, del régimen político, de sus agentes o de los poderes dominantes, por presentarse ante el mundo como adalides de la “guerra contra el narcotráfico”, especialmente cuando hay incompetencia para regularlo, una excesiva corrupción o complicidad y connivencia con este supuesto enemigo. En estos casos el derecho penal se convierte en la forma para procurar un certificado “democrático”¹²³.

4. Conclusión.

En el texto se analizan dos discursos, el prohibicionista y el libertario, los cuales se disputan la hegemonía en la representación, interpretación y valoración del conflicto que surge con motivo del consumo de drogas “ilegales” en Colombia; se identifican los actores que prohíjan uno y otro, con sus respectivos argumentos. Se asume postura a favor del enfoque libertario, y se dan las razones que lo revisten de legitimidad y validez, tanto en lo político como

¹²² En este sentido, se afirma que “[...] en casi todos los países del mundo las cuestiones del derecho y la justicia han resistido bastante a la globalización, pero en Colombia la justicia penal en todo lo que tiene que ver con el narcotráfico, está transnacionalizada. Es este aspecto, Colombia no es un país soberano, es una país tutelado por los E.U”. Cfr. DE SOUSA SANTOS, “La justicia del país está empeñada”, en *El Tiempo*, mayo 6 de 2001, pp. 1-22. Véase también: DE SOUSA SANTOS/GARCÍA VILLEGAS, “Estudio preliminar. Colombia, ¿El grado cero de la emancipación social?”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, págs. 42-44.

¹²³ Véase: BARATTA, “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal”, en *Pena y Estado*, N° 1, págs. 51-54; del mismo, “Integración-prevención: Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 24, págs. 533 y ss.; HASSEMER, “El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz” en *Persona, Mundo y responsabilidad*, págs. 44 y 45.

en lo jurídico. Pero, especialmente, se describen y analizan todas las incongruencias, fraudes, falacias y paradojas del enfoque prohibicionista, en procura de develarlo, minarlo, socavarlo y detenerlo, como práctica de resistencia contra un populismo punitivo que de forma desesperada busca legitimar el castigo, para universalizar particularismos morales y aniquilar las libertades que identifican una auténtica democracia. Se espera no haber sido inferiores a este compromiso académico, ético y político.

5. Bibliografía.

ABAD FACIOLINCE, HÉCTOR: "Columna enmarihuana", en *El Espectador*, catorce de marzo 2009.

AGUILERA PEÑA, MARIO: "Justicia guerrillera y población civil, 1964-1999", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas: *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis sociojurídico*, tomo II, capítulo XXI.

ALSTON, PHILIP, en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 163, Bogotá D.C., Viva la Ciudadanía, junio 19 de 2009 (consulta del 20 de junio de 2009).

AMNISTÍA INTERNACIONAL: Informe de 2009.

AA. VV.: *Las Drogas: perspectiva socio-política*, Medellín, Facultad de Derecho-Universidad de Medellín, 1991.

BANCO DE DATOS DE VIOLENCIA POLÍTICA CINEP & JUSTICIA Y PAZ. Comuna 13, la otra versión. Noche y Niebla, Caso Tipo No 2, Bogotá, Cinep, mayo de 2003.

BARATTA, ALESSANDRO: "Introducción a una sociología de la droga: problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias", en *Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, págs. 73-93.

—: "Integración-prevención: Una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 24, Madrid, Edersa, 1984, págs. 533-552.

—: "Introducción a la criminología de la droga", trad. de Mauricio Martínez, en *Nuevo Foro Penal*, N° 41, julio septiembre de 1988, Bogotá, Temis, págs. 329-346.

—: "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y Estado*, N° 1, Trad. de Mauricio Martínez Sánchez, Barcelona, PPU, 1991.

—: "Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social", en Alessandro Baratta: *Criminología y sistema penal* (Compilación in memoriam), Colección Memoria Criminológica, No. 1, Buenos Aires, IB de F, 2004, págs. 168-198.

—: “Seguridad”, en Alessandro Baratta. *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, págs. 199-220.

—: “Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, trad. del italiano por Beatriz Lenzi, en Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, págs. 299-333.

—: “Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos”, trad. de Mauricio Martínez Sánchez, en Alessandro Baratta: *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, págs. 334-356.

BAUMAN, ZYGMUNT: *La Globalización. Consecuencias Humanas*, 2ª edición, trad. de Daniel Zadunaisky, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

BERGALLI, ROBERTO: “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas sociojurídicas”, en Roberto Bergalli (coordinador). *Sistema Penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch alternativa, 2003, págs. 25-82.

BOURDIEU, PIERRE: *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, 3ª edición. Trad. de Joaquín Jordá, Barcelona, Anagrama, 2003.

BUSTAMANTE PEÑA, GABRIEL: “Los falsos positivos: ni falsos ni positivos”, en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 0041, Bogotá D.C., Viva la Ciudadanía, diciembre 1º de 2006.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN: *Lecciones de Derecho Penal (vol I)*, Madrid, Trotta, 1997.

CAMACHO GUIZADO, ÁLVARO: “De narcos, paracracias y mafias”, en Francisco Leal Buitrago (Editor), *En la encrucijada. Colombia en el siglo XXI*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006, págs. 387-419.

Centro de Investigación y Educación Popular - Cinep-, Falsos Positivos. Balance del Segundo Semestre de 2008. Informe Especial, Bogotá, D.C. - Abril de 2009, en: http://www.cinep.org.co/sites/cinep.cinep.org.co/files/Informe%20falsos%20positivos%202008-II%20-%20Abril%202009%20_final_.pdf (consulta del 30 mayo de 2009).

CEPEDA-CASTRO, IVÁN: “Los paramilitares: Dispositivo del modelo “democrático” de control social”, en Linda Helfrich / Sabine Kurtenbach (Eds.). *Colombia, caminos para salir de la violencia*, Madrid, Iberoamericana / Vervuert, 2006.

CHRISTIE, NILS: *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?*, 2ª edición, traducción de Sara Costa, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 1993.

—: “El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la Sobrecriminalización”, en AA. VV., *XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Penal, 1998.

COLMENARES, RAFAEL: “El referendo que usted no firmó”, en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 156, Bogotá D.C., Viva la Ciudadanía, mayo 1 de 2009 (consulta de mayo 2 de 2009).

COMISIÓN LATINOAMERICANA DE DROGAS Y DEMOCRACIA: *Drogas y democracia en América Latina*: hacia un cambio de paradigma, en: <http://static.elespectador.com/archivos/2009/02/8c238757c07a0abcbf7ea1d3947213ca.doc> (consulta del 1 junio de 2009).

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU: Informe del 26 de mayo de 2009.

CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO (CODHES), “Población desplazada en Colombia alcanza los 4,3 millones de personas”, en *Elespectador.com*. (consulta del 1 de mayo de 2009).

CRUZ RODRÍGUEZ, EDWIN: “Los estudios sobre el paramilitarismo en Colombia”, en *Análisis Político*, N° 60, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales – Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 117-134.

CUBIDES CIPAGAUTA, FERNANDO: “Narcotráfico y guerra en Colombia: los paramilitares”, en Gonzalo Sánchez y Eric Lair (eds.), *Violencias y estrategias colectivas en la Región Andina*, Bogotá, Norma-IFEA-Iepri, 2004, pp. 377-410.

—: “Narcotráfico y paramilitarismo: ¿Matrimonio indisoluble?”, en Alfredo Rangel (ed.), *El poder paramilitar*, Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia- Planeta, 2005, pp. 205-259.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO: Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC, Bogotá, s.f., en: http://www.defensoria.org.co/pdf/informes/informe_119.pdf? (consulta de abril 8 de 2009).

DEFENSORÍA DEL PUEBLO: “Tercer Diagnóstico sobre la calidad del agua para consumo humano”, Bogotá, D.C., Octubre 7 de 2007, en: http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/informe_136.pdf (consulta de enero 20 de 2009).

DEL OLMO, ROSA: “La cara oculta de la droga”, en *Poder y Control*, N° 2, Barcelona, PPU, 1987, págs. 23-48.

—: “Drogas: Distorsiones y realidades”, en *Revista Nueva Sociedad*, N° 102, Caracas, 1989, págs. 81-93.

—: *¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1992.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN: Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, en: <http://www.presidencia.gov.co/planacio/cap2.htm#1> (Consulta de junio 20 de 2009).

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Martín

(Coordinadores): *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, págs. 147-172.

—: *Estudios Penales y de Política Criminal*, Lima, Idemsa, 2007 (V.3: “Tendencias político-criminales en materia de drogas”; V.5: “El control penal del abuso de drogas: una valoración político criminal”).

DUNCAN, GUSTAVO: “Narcotraficantes, guerreros y mafiosos. Historia de una subordinación”, en Alfredo Rangel (ed.), *Narcotráfico en Colombia. Economía y violencia*, Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia, 2005.

—: *Los señores de guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*, 3ª edición, Bogotá, D.C., Planeta, Fundación Seguridad & Democracia, 2007.

ESCOBAR MEJÍA, J. GUILLERMO: *Conceptos Fiscales por los que nacen procesados*, 2ª edición, Bogotá, Hombre Nuevo Editores - Le Monde Diplomatique Colombia - Desde Abajo, 2007 (segunda parte, capítulo I. “Súplica por los locos”, págs. 179 y ss.

ESPEJO, GERMÁN D.: “Gobierno volverá a insistir en penalización de dosis personal”, en *El Espectador*, diciembre 4 de 2008.

ESPITIA, JORGE: “La exclusión de los jóvenes en Colombia”, en *Semanario Virtual Caja de herramientas*, N° 164, Bogotá, D.C., Viva la Ciudadanía, 26 junio de 2009 (Consulta del 27 junio de 2009).

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho Penal Liberal de Hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002.

FERRAJOLI, LUIGI: “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996.

—: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1997.

—: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

—: *Democracia y garantismo*, Edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008.

FOUCAULT, MICHEL: *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, 2ª edición, trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo XXI, 1978.

— *La historia de la sexualidad*. Tomo I, trad. de Guiñazú, Ulises, 27ª edición en español. México, Siglo XXI editores, 1999.

FRANCO, VILMA LILIANA: “El mercenarismo corporativo y la sociedad contrainsurgente”, en *Estudios políticos*, N° 21, Medellín, Instituto de Estudios Políticos- Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 2002, págs. 54-82.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO: *La eficacia simbólica del derecho*, Ediciones Uniandes, Santafé de Bogotá, 1993.

—: “Función simbólica del Derecho y estabilidad institucional”, en Cristina Motta (comp.), *Ética y conflicto*, Tercer Mundo - Uniandes, Santafé de Bogotá, 1995.

GARLAND, DAVID: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, traducción de Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa Editorial, 2005.

GAVIRIA, ALEJANDRO: “Contra el paternalismo”, en *El Espectador*, 28 de marzo 2009.

GAVIRIA DÍAZ, CARLOS. “Entrevista: ¿Por qué penalizar o no la dosis mínima de drogas?”, en *El Espectador*, 25 de marzo 2009.

GONZÁLEZ, FERNÁN/BOLÍVAR, INGRID y VÁSQUEZ, TEÓFILO: *Violencia política en Colombia. De la nación fragmentada a la construcción del Estado*, Bogotá, Cinep, 2002.

GONZÁLEZ, GUILLERMO: *Los niños de la guerra*, Bogotá, Editorial Planeta, 2002.

GONZÁLEZ POSSO, CAMILO: “La ignorancia es atrevida”, en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 152, Bogotá, D.C., Viva la Ciudadanía, 27 marzo de 2009 (Consulta del 30 de marzo 2009).

GRUPO INTERDISCIPLINARIO E INTERINSTITUCIONAL DE INVESTIGACIÓN SOBRE CONFLICTOS Y VIOLENCIAS, *Dinámicas de guerra y construcción de paz. Estudio interdisciplinario del conflicto armado en la Comuna 13 de Medellín*, Medellín, Universidad de Antioquia, Universidad de Medellín, Corporación Región e Instituto Popular de Capacitación, 2008.

GUEVARA, SARA: “¿Por qué la coca de mi Red Bull sí es legal?”, en *Semana.com* (consulta del 11 junio de 2009).

GUTIÉRREZ SANÍN, FRANCISCO: “¿Ciudadanos en armas?”, en Jaime Arocha, Fernando Cubides y Myriam Jimeno: *Las violencias: inclusión creciente*, Santafé de Bogotá, Centro de Estudios Sociales. Facultad de Ciencias Humanas – Universidad Nacional, 1998.

GUTIÉRREZ SANÍN, FRANCISCO/BARÓN, MAURICIO: “Estado, control territorial paramilitar y orden político en Colombia. Notas para una economía política del paramilitarismo”, en Francisco Gutiérrez (coordinador académico), María Emma Wills y Gonzalo Sánchez, (coordinadores editoriales), *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá, Iepri-Norma, 2006, págs. 267-309.

HASSEMER, WINFRIED: “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, N° 1, traducción de Helena Larrauri, Barcelona, PPU, 1991, págs. 23-36.

—: “El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz” en *Persona, Mundo y responsabilidad*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Bogotá, Temis, 1999.

HERRERA, ADRIANA: *Sembrando vida: jóvenes a contrapelo en Colombia*, Bogotá, Andaquí Impresores, 2002.

ITURRALDE, MANUEL: "Falacias de la penalización de la dosis mínima", en <<http://www.semana.com/noticias-opinion-on-line/falacias-penalizacion-dosis-minima/122138.aspx>> (Consulta del 27 Marzo de 2009).

JARAMILLO A., ANA MARÍA: "Milicias Populares en Medellín: Entre lo público y lo privado", en *Revista Foro*, N° 22, Santa Fe de Bogotá D.C., Ediciones Foro Nacional por Colombia, noviembre de 1993.

KANT, EMMANUEL: *Teoría y Praxis*, www.elaleph.com. 1999.

LARRAURI, ELENA: "Populismo punitivo...y cómo resistirlo", en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, N° 55, Madrid, marzo de 2006, págs.15-22.

LONDOÑO BERRÍO, HERNANDO LEÓN: "Apuntes criminológicos sobre la ley 30 de 1986", en AA. VV., *Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes*, Medellín, Señal Editora, 1986, págs. 151 y ss.

—: "La problemática de la droga en Colombia", en *Nuevo Foro Penal*, N° 47, Bogotá, Temis, enero- marzo 1990, págs. 7-44.

—: *Legalidad, legitimidad y efectividad de los sistemas punitivos: El caso de la comuna 13 de la ciudad de Medellín, 2000–2005*, tesis de grado, Maestría en Ciencias Políticas, Instituto de Estudios Políticos – Universidad de Antioquia, 2007.

—: "El fuero y la jurisdicción penal especial indígenas en Colombia", en José Hurtado Pozo (director), *Derecho Penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*, Lima, Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo–Suiza, 2007, págs. 153- 210.

MARTÍNEZ, MAURICIO: *Estado de Derecho y Política Criminal*, Santafé de Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995 (capítulo III, "La despenalización de las drogas: el sometimiento a la constitución política", págs. 114-151).

MEDINA GALLEGO, CARLOS: "La economía de guerra paramilitar: una aproximación a sus fuentes de financiación", en *Análisis Político*, N° 53, Bogotá, enero-marzo de 2005, págs. 77-87.

MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL, et. al., *Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Hogares 2008*, en: <http://odc.dne.gov.co/IMG/pdf/BoletinEnLinea21dne.pdf> (consulta del 15 junio de 2009).

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, et. al., *Estudio Nacional de hogares sobre el uso de sustancias psicoactivas 2007-2008*, en <http://odc.dne.gov.co/img/pdf/BoletinEnLinea21dne.pdf> (consulta del 15 junio de 2009).

MOLANO, ALFREDO: "La justicia guerrillera", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis sociojurídico*, tomo II, capítulo XX, Bogotá, Colciencias – Centro

de Investigaciones Sociojurídicas (Cijus) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes - Universidad Nacional de Colombia – Universidad de Coimbra – Instituto Colombiano de Antropología e Historia - Siglo del Hombre Editores, 2001.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA: Misión Internacional de Derechos Humanos y Situación Carcelaria, *Informe: Centros de reclusión en Colombia: Un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos*, Bogotá, 31 de octubre de 2001.

OROZCO ABAD, IVÁN: *Combatientes, rebeldes y terroristas: Guerra y derecho en Colombia*, 2ª edición, Temis y Universidad de los Andes, 2006.

PÁEZ, ERIKA: *Las niñas en el conflicto armado en Colombia*, Bogotá, Terre des Hommes/ Save the Children-uk, 2001.

PAREDES, CÉSAR: “Debate sobre posible ‘para-mico’ en la Reforma Política”, en *Semana.com* (consulta del 26 Mayo de 2009).

PÉCAUT, DANIEL: *Guerra contra la sociedad*, Bogotá D.C., Espasa Hoy, 2001.

PÉREZ TORO, WILLIAM FREDY: “Guerra y delito en Colombia”, en *Estudios Políticos*, N° 16, Medellín, Instituto de Estudios Políticos - Universidad de Antioquia, enero-junio de 2000, págs. 11-41.

—: “Lícito e ilícito en territorios de conflicto armado”, en Análida Rincón (Compiladora.), *Espacios Urbanos no con-sentidos*, Medellín, Universidad Nacional y Otros, 2005, págs. 75-106.

PIZARRO LEONGÓMEZ, EDUARDO: “Colombia: ¿Guerra civil, guerra contra la sociedad, guerra antiterrorista o guerra ambigua?”, en *Análisis político*, N° 46, Bogotá, Iepri, Universidad Nacional, mayo-agosto, 2002, págs. 164-180.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO – PNUD-: *El conflicto, callejón con salida. Informe Nacional de Desarrollo Humano – Colombia 2003*, Bogotá, 2003.

RANGEL, ALFREDO: “¿Adónde van los paramilitares?”, en Alfredo Rangel (ed.), *El poder paramilitar*. Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia-Planeta, 2005, págs. 11-23.

—: “La terapéutica verdad”, en *Revista Semana*, N° 1404, marzo 28 de 2009,

RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LAS EJECUCIONES ARBITRARIAS: Misión a Colombia del 8 al 18 de junio de 2009. Declaración del Profesor Philip Alston, en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 163, Bogotá D.C., Viva la Ciudadanía, junio 19 de 2009 (consulta del 20 de junio de 2009).

ROMANI, ORIOL: “Prohibicionismo y drogas: ¿un modelo de gestión social y agotado”, en Roberto Bergalli (Coordinador), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch Alternativa, 2003, págs. 429-450.

ROXIN, CLAUDIUS: *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Trad. de Diego Manuel Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997.

SAAVEDRA ROJAS, EDGAR: "Fármacos y estupefacientes: Política y moral", en Fernando Velásquez Velásquez (Editor), *Drogas. Problemática actual en España y América*, Bogotá, Temis, 1989, págs. 61-117.

SALAZAR J., ALONSO: "La criminalidad urbana: Actores visibles e invisibles", en *Revista Foro*, N° 22, Santa Fe de Bogotá D.C., Ediciones Foro Nacional por Colombia, noviembre de 1993.

SANDOVAL HUERTAS, EMIRO: "El "Dumping" de productos farmacéuticos", en *Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982, págs. 275-300.

—: *Penología. Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984 (capítulo 2, V, págs. 247-301).

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA: "La justicia del país está empeñada", en *El Tiempo*, mayo 6 de 2001, págs. 1-22.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO: *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis sociojurídico*. Tomo I, Bogotá, Colciencias – Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cijus) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes – Universidad Nacional de Colombia – Universidad de Coimbra – Instituto Colombiano de Antropología e Historia – Siglo del Hombre Editores, 2001.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO: "Estudio preliminar. Colombia, ¿El grado cero de la emancipación social?", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), *Emancipación social y violencia en Colombia*, Bogotá, D.C., Grupo Editorial Norma, 2004.

SOCHA M., NELSON: "Principio de oportunidad para los desmovilizados", en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 163, Bogotá, D.C., Viva la Ciudadanía, junio 19 de 2009 (consulta del 20 de junio de 2009).

STUART MILL, JOHN: *Sobre la libertad*, traducción del inglés por Josefa Sainz Pulido, Buenos Aires, Aguilar, 1954.

SZASZ, THOMAS: *Droga y ritual. La persecución ritual de drogas, adictos e inductores*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS: *Empresas transnacionales y derecho de los pueblos en Colombia*, 2006 – 2008, en: <http://www.colectivodeabogados.org/img/doc/dictamensesiondeliberante.doc> (consulta del 20 de noviembre de 2008).

UPRIMNY, RODRIGO: "Una dosis mínima de cordura", en *El Espectador*, Marzo 30 de 2009.

URIBE DE HINCAPIÉ, MARÍA TERESA: "El Republicanismo patriótico", introducción al libro *Reelección: El embrujo continúa. Segundo año del gobierno de Álvaro Uribe Vélez*, Plataforma Colombiana Derechos Humanos y Desarrollo, Bogotá, D.C., 2004.

URIBE VÉLEZ, ÁLVARO: Manifiesto Democrático - 100 Puntos, en: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articulos-85269_archivo_pdf.pdf (Consulta de 10 de mayo 2009).

VALENCIA COSSIO, FABIO Y PALACIO BETANCOURT, DIEGO: Proyecto de Acto Legislativo “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”, en: http://prensa.camara.gov.co/camara/site/artic/20070730/asocfile/p_a_1_285_2009c_dosis_minima_1.doc (consulta del 15 mayo de 2009).

VAN DER KERCHOVE, MICHEL: “¿Las leyes penales están hechas para ser aplicadas?”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 48, Bogotá, Temis. Bogotá. 1990, págs. 181-198.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: “Las contravenciones en el Estatuto Nacional de Estupefacientes”, en Autores Varios. *Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes*, Bogotá, Temis- Colegas, 1988.

—: *Las drogas: Aspectos histórico, sustantivo y procesal*, Medellín, Colegas, 1989.

—: “La legislación colombiana en materia de estupefacientes”, en Fernando Velásquez V. (Editor), *Drogas. Problemática actual en España y América*, Bogotá, Temis, 1989.

—: *Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Bogotá, D.C., Librería Jurídica Comlibros, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Política criminal en materia de drogas en la República Argentina”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 54, Bogotá, Temis, 1991; también, en JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, PATRICIA LAURENZO COPELLO (coord.). *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, págs. 117-176.

—: “El Derecho Penal Liberal y sus enemigos” (Lectio Doctoralis en ocasión del Doctorado Honoris Causa, Universidad Castilla – La Mancha 2004), en Eugenio Raúl Zaffaroni, *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, B de F, 2005.

—: “Los desafíos del poder judicial”, en *Pensamiento Penal del Sur*, N° 2, Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de la Pampa, 2006.

—: *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá, D.C., Universidad Santo Tomás-Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

Sentencias de la Corte Constitucional referenciadas

C-221 de 1994, Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. Salvamentos de voto de los magistrados: José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

C- 551 de 2003, Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

C-101 de 2004, Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

C-879 de 2008, Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

T-696 de 2001, Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

T-684 de 2002, Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

T-814 de 2008, Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.