

LA LEGITIMIDAD DE LA PENALIZACIÓN DEL CONSUMO DE PSICOACTIVOS

ANDRÉS FELIPE PINZÓN RUEDA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
CARRERA DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL  
BOGOTÁ D.C.  
2009

LA LEGITIMIDAD DE LA PENALIZACIÓN DEL CONSUMO DE PSICOACTIVOS

ANDRÉS FELIPE PINZÓN RUEDA

Tesis de Grado presentada para optar por el título de Abogado

Director: JUAN CAMILO CÓRDOBA ESCAMILLA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
CARRERA DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL  
BOGOTÁ D.C.  
2009

## NOTA DE ADVERTENCIA

Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946:

*"La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia".*

**DESCRIPTORES O PALABRAS CLAVES:**

**ESPAÑOL:** Consumidor, despenalización, drogas, estupefacientes, guerra a las drogas, imputación objetiva, legalización, libre desarrollo de la personalidad, narcóticos, narcotráfico, prohibición, psicoactivos, salud pública.

**ENGLISH:** Consumer, drug dealer, drug war, drugs, free development of the personality, legalization, narcotics, objective accusation, psychoactive, public health.

**RESÚMEN DEL CONTENIDO**

- RESUMEN

Durante las últimas décadas ha predominado en el mundo la política estadounidense de represión frente a la problemática de las drogas. El presente trabajo parte de la explicación del proceso histórico que desencadenó esta guerra y de la valoración de sus consecuencias prácticas, para posteriormente analizar si este es el tratamiento que se le debe dar a tal problemática en un moderno Estado Social de Derecho donde prima un Derecho Penal garantista.

Al observar el proceso histórico, se encuentra que esta política guerrerista responde más a intereses políticos que a una verdadera preocupación por la Salud Pública. Situación que hábilmente se ha disfrazado de defensa de la moral para obtener el necesario apoyo social que requiere una política de estas dimensiones en una sociedad democrática como la nuestra.

Por otra parte, al valorar los efectos de la guerra se encuentra que más que inútil, esta ha sido contraproducente: aumento de consumo, de producción, de muertes, de poder económico y corruptivo por parte de los narcotraficantes, etc.

El análisis de éstos resultados, nos lleva a pensar que el esquema represivo en que hemos creído ciegamente ha fracasado. De ahí que sea imperativo un cambio de enfoque, que sea respetuoso de los principios en los que se fundamenta un Estado Social de Derecho, del lugar que al Derecho Penal le corresponde en un Estado de tales características (*ultima ratio*) y principalmente de los derechos de los asociados, a quienes no se les puede imponer una visión moral del mundo en que viven ni la forma en que deben cuidar de sus propios cuerpos. Razón por la cual, se concluye que el consumo y otras conductas relacionadas con las drogas, deben tratarse mediante mecanismos estatales diferentes a la judicialización.

- SUMMARY

During the last decades has dominated in the world the American policy of repression set against the problems of the drugs. The present work starts with the explanation of the historic process that unchained this war and with the valuation of its practical consequences, for subsequently analyze if this is the treatment should be given to such problem in a modern Welfare State, where predominates a minimal penal law.

After observing the historic process, is found that this war policy responds to political interests over a true concern of the Public Health. This situation has been disguised of moral defense to obtain the necessary social support that requires a politics of these dimensions in a democratic society as ours.

On the other hand, the valuing of the war effects shows that more than useless, this has been counterproductive: increase of consumption, of production, of deaths, of economic and corruptive power on the part of the drug-traffickers, etc.

The analysis of these results, leads us to think that the repressive plan in which we have believed blindly has failed. For that reason is imperative a change of focus, that be respectful of the principles in which a Welfare State is supported, of the place that corresponds to the criminal law in a State of such characteristics (*ultima ratio*) and mainly of the rights of the associates, to whom can't be imposed a moral vision of the world in which they live neither the form in which they treat their own bodies. Reason by which, is concluded that the consumption and other conducts related to the narcotics, should be treated by different State means than the criminalization.

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION .....	1
1. ANTECEDENTES HISTORICOS.....	2
1.1. APROXIMACIÓN GENERAL.....	2
1.2. BREVE RECUENTO DE LA HISTORIA NORTEAMERICANA. SXX. ....	9
1.3. BREVE RECUENTO HISTÓRICO-NORMATIVO DEL PROBLEMA EN NUESTRO PAÍS .....	20
1.3.1. Sentencia C-221 de 1994.....	30
2. PANORAMA ACTUAL .....	35
2.1. EFECTOS NEGATIVOS DE LA GUERRA A 'LAS DROGAS' .....	35
2.1.1. Violencia.....	37
2.1.1.1. Violencia entre organizaciones criminales.....	37
2.1.1.2. Violencia contra la sociedad en general. ....	38
2.1.1.3. Violencia Estatal.....	38
2.1.2. Elevados niveles de corrupción.....	38
2.1.3. Poner en contacto al consumidor con el mundo criminal. ....	39
2.1.4. Costos que implican la judicialización y condena. ....	40
2.1.5. 'Satanización de las drogas'. ....	41
2.1.5.1. Los beneficiarios de la prohibición. ....	42
2.1.5.1.1. Los grupos al margen de la Ley.....	43
2.1.5.1.2. Los Bancos. ....	43
2.1.5.1.3. Los Gobiernos.....	43
2.1.5.2. Consecuencias derivadas de la satanización de 'las drogas'. ....	49

2.1.5.2.1.	Campañas preventivas desinformativas o exageradas.....	49
2.1.5.2.2.	Olvido del uso médico y cultural de 'las drogas'.....	53
2.1.5.2.3.	Discriminación de los consumidores.....	55
2.1.5.2.4.	Lesión de los derechos civiles.....	57
2.1.5.2.5.	Creación de un tabú. ....	58
2.1.6.	Desarrollo subrepticio de la actividad.....	58
2.1.7.	Tratamientos de 'rehabilitación' inadecuados.....	62
2.1.8.	Problemas Agrarios. ....	63
2.1.9.	Problemas Ambientales.....	64
2.1.10.	Salud Pública. ....	66
2.1.11.	Penas ejemplares. ....	66
2.1.12.	Dinero Fácil.....	67
2.2.	INCONVENIENCIA DE LA GUERRA.....	67
2.3.	DOCUMENTO DE LA COMISIÓN LATINOAMERICANA SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA.....	69
3.	ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA A LA LUZ DE UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO .....	77
3.1.	ESTADO SOCIAL DE DERECHO .....	77
3.1.1.	Orígenes.....	77
3.1.2.	Separación entre Moral y Derecho.....	79
3.2.	PAPEL DEL DERECHO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO .....	80
3.2.1.	Restricciones que impone el Derecho Penal en la sociedad. ....	80
3.2.1.1.	Definición de las conductas 'desviadas'. ....	80
3.2.1.2.	Sometimiento coactivo a juicio. ....	81



3.2.1.3. Castigo.....	81
3.2.2. Costos del Derecho Penal. ....	81
3.2.3. Tendencias del Derecho Penal. Convencionalismo - Sustancialismo. ....	82
3.2.4. Derecho Penal en la discusión Moral-Derecho. ....	84
3.2.5. Justificación del Derecho Penal. ....	86
3.2.5.1. Justificaciones Tradicionales.....	87
3.2.5.1.1. Teoría de la Retribución.....	87
3.2.5.1.2. Teoría de la Prevención especial. ....	87
3.2.5.1.3. Prevención general.....	88
3.2.5.1.4. Eclecticismo. ....	89
3.2.5.2. Justificación propuesta por algunos doctrinantes. ....	89
3.2.5.2.1. ¿Qué se puede prohibir?.....	90
3.2.5.2.2. ¿Cómo debe juzgarse?.....	91
3.2.5.2.3. ¿Cómo debe ser la pena?.....	92
3.3. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	94
3.4. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	96
3.4.1. Imputación Objetiva según Claus Roxin. ....	97
3.4.1.1. Creación de un riesgo no permitido. ....	97
3.4.1.2. Realización de un riesgo no permitido. ....	100
3.4.1.3. El alcance del tipo. ....	103
3.4.2. El Bien Jurídico en la teoría de Roxin. ....	105
3.4.2.1. Límites que traza este concepto al legislador.....	106

3.4.2.2.	La derivación del Bien Jurídico de la Constitución. ....	109
3.4.2.3.	La mutabilidad del concepto de Bien Jurídico. ....	111
3.4.2.4.	El alcance de la protección de Bienes Jurídicos.....	111
3.4.2.5.	El Bien Jurídico de Salud Pública. ....	112
3.4.3.	Consumo de Drogas frente a la Imputación Objetiva. ....	113
	CONCLUSIONES .....	119
	BIBLIOGRAFÍA .....	124

#### ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.	Precios de la cocaína a través del sistema de distribución .....	36
Tabla 2.	Resultados DAS 1998 – 2000 .....	59
Tabla 3.	Estimación de Área de Bosques Destruídos por Cultivos Ilícitos de coca 1987 - 1998. ....	65

#### ÍNDICE DE GRÁFICAS

Gráfica 1	Precio mayorista y minorista de cocaína en USA 1981 - 2003.....	61
Gráfica 2.	Cultivo de coca en la Región Andina (ha) 1997-2007 .....	64

## INTRODUCCION

En el presente trabajo, pretendo analizar si las regulaciones en torno a las sustancias psicoactivas (especialmente la represión del consumo) se acomodan a la moderna concepción de un Estado Social de Derecho en donde prevalezca un Derecho Penal garantista y se ponderen las libertades civiles con el bienestar general.

Para tal fin es necesario primero hablar del proceso histórico que desencadenó la guerra contra el narcotráfico que ha orientado las políticas estatales y ponderar los resultados que esta guerra ha arrojado hasta ahora. Posteriormente, será necesario acudir al Derecho Constitucional para entender las implicaciones del modelo de Estado 'Social de Derecho', principalmente con respecto a la separación moral - derecho y al papel que debe cumplir el Derecho Penal en éstas condiciones.

Por ser fundamentalmente teórico, este trabajo no se limita a una circunscripción geográfica definida, a pesar de que tiene especialmente en cuenta las experiencias colombiana y norteamericana en la lucha contra las drogas y de que parte de la base de la existencia de un Estado Social de Derecho.

## 1. ANTECEDENTES HISTORICOS

### 1.1. APROXIMACIÓN GENERAL

Antes de empezar a hablar de 'las drogas', es necesario primero conocer su definición. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), 'droga' "es toda sustancia que, introducida en el organismo por cualquier vía de administración, produce una alteración de algún modo, del natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo y es además, susceptible de crear dependencia". Esta es una de muchas definiciones que recoge los siguientes elementos: i) es una sustancia cualquiera; ii) que al introducirse en el cuerpo modifica su 'normal' funcionamiento (en este caso particularmente se habla del funcionamiento del sistema central nervioso); iii) es además susceptible de crear dependencia.

Como puede apreciarse, esta definición es susceptible de aplicarse a algunas sustancias que las personas normalmente no considerarían como 'drogas'. Ejemplos de esto son el alcohol, el tabaco, el café y el chocolate, sustancias que como puede apreciarse, cumplen los elementos propuestos por la OMS, pero no corresponden a la acepción cotidiana de 'droga'<sup>1</sup>.

Hecha esta precisión, podemos entender que el fenómeno que hoy en día denominamos como 'drogas' no es exclusivo del siglo XX. Estas sustancias han hecho parte de la historia humana desde tiempos inmemoriales y han recibido diferentes aproximaciones dependiendo de la sociedad y del momento que se

---

<sup>1</sup> Que más precisamente corresponde al concepto de 'droga ilegal'.

analice. A continuación presento algunos capítulos históricos que sustentan esta afirmación<sup>2</sup>.

En Roma ya existía el consumo de opio, producto proveniente del norte de África. Sin embargo uno de los hábitos más recordados de esta civilización es el gran consumo de vino, el cual también hacía parte de rituales a dioses paganos como Dionisio. En contraste, durante la etapa preimperial el consumo de café estaba prohibido, posición que siglos después seguiría Rusia, penalizando su infracción con mutilar las orejas. Esto sorprende, pues hoy en día el café es una sustancia que además de ser considerada poco peligrosa se comercia libremente a nivel internacional.

Por otra parte, existe una tradición Inca según la cual "los dioses otorgaron la bendición de 'Mama Coca' a la humanidad para soportar el hambre y las fatigas"<sup>3</sup>, tradición que existía mucho antes de la conquista española. Paralelamente, existían también tribus centroamericanas que hacían uso del peyote, la ayahuasca, el ololiuhqui y el teonanacatl como vehículos para ponerse en contacto con sus dioses; razón por la cual, su uso estaba reservado para los sacerdotes. Es imposible no referirse al hecho de que sobre éstas sustancias en éstas tribus ya existían restricciones, pero no porque fueran sustancias dañinas para el cuerpo, sino porque eran exclusivas de un estamento social privilegiado. También es

---

<sup>2</sup> Los datos históricos sintetizados a continuación fueron tomados de: ALBANO, Sergio. Cultura Cannabis ¿Delito o derecho? 1º ed. Buenos Aires: Editorial Quadrata, 2007. ESCOHOTADO, Antonio. Aprendiendo de las drogas usos y abusos, prejuicios y desafíos. 7º ed. Barcelona: Editorial Anagrama, 1998. 247 p. SALAZAR, Alonso. Cuando la Prohibición ha resultado fatal. En: ¿Legalizar la droga? -Seis escritos sobre el tema-. 1º ed. Medellín: Editorial Corporación Región, 1994. p. 23-39.

<sup>3</sup> ESCOHOTADO, Antonio. Historia de las drogas. Alianza editorial, 1994, Citado por SALAZAR. Op cit., p. 24.

importante señalar que su consumo tenía carácter religioso<sup>4</sup>, circunstancia que según Arango y Child<sup>5</sup> protegía a las comunidades de sus efectos negativos.

Antes de proseguir, vale la pena destacar el cambio que Albano señala en el uso de 'las drogas'. "La función mística e iniciática que caracterizaba el consumo de drogas psicoactivas entre las primeras comunidades que hacían uso de ellas se verá radicalmente desplazada por el carácter lúdico que adoptará luego su consumo en el seno de las sociedades occidentales"<sup>6</sup>.

A este giro en el uso de 'las drogas' hacia un 'carácter más lúdico' se sumó el capitalismo, imprimiéndoles el carácter que se mantiene hoy en día de mercancía que satisface necesidades recreativas al consumidor y por otro lado, de fuente de ingresos para los Estados que las produzcan. Ejemplo de esto fue lo sucedido en 1660 cuando el parlamento inglés legalizó el tabaco<sup>7</sup>, teniendo en cuenta argumentos económicos: "El tabaco es uno de los productos principales de varias de nuestras colonias, del que dependen, en alto grado el bienestar y la existencia de las mismas, así como la navegación de este país y la posibilidad de encontrar allí salida a sus mercancías"<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Aún en el mundo actual existen tribus tanto latinoamericanas como africanas que hacen uso de brebajes preparados con alucinógenos en sus celebraciones religiosas. Inclusive una de las religiones más difundidas como lo es la católica, utiliza vino en la liturgia.

<sup>5</sup> ARANGO M. y CHILD J. Narcotráfico Imperio de la cocaína. Medellín: Editorial Percepción, 1984. p. 74, Citado por ibid.

<sup>6</sup> ALBANO. Op cit. Pg. 67.

<sup>7</sup> Nótese que a pesar de estar hasta ahora legalizando el tabaco (por regla general legal hoy en día), a esas alturas los ingleses ya llevaban años de contar con el opio (por regla general ilegal hoy en día) entre los productos básicos de su economía.

<sup>8</sup> ARANGO M. y CHILD J. Op cit. p. 74. Citado por SALAZAR. Op cit., p. 24.

Más adelante, durante el Siglo XIX se introdujeron 2 drogas que aún hoy en día son muy usadas: la cocaína y la morfina. Esta última no sólo es 'ascendiente directa' de la heroína, sino que también es uno de los analgésicos más usados en los hospitales para tratar principalmente dolores post-operatorios y relacionados con el cáncer.

La morfina fue sintetizada por primera vez en 1805 por un ayudante de farmacia en Einbeck, Alemania. A sus 21 años Freidrich Wilhelm Adam Serturner logró aislar el alcaloide del opio (sustancia que se fuma desde hace más de 2.000 años) mientras estudiaba las propiedades farmacológicas de esa planta, muy usada como medicina en la época. Su poder calmante superior 10 veces al del opio hacía que los animales con los que experimentaba usualmente se durmieran, de ahí su nombre inspirado en el dios griego del sueño 'Morfeo'.

Para 1818 el médico francés François Magendie reportaba sus aplicaciones analgésicas y a mediados de siglo ya era común su aplicación médica a través de inyecciones. Al ser un potente alivante del dolor su uso se masificó en la Guerra Civil Norteamericana y aún hoy en día es usada en el frente de batalla.

A pesar de esto, desde 1870 la comunidad científica ya conocía los efectos adictivos de la sustancia, y en 1880 ya existían preocupaciones por el aumento del morfinismo, al punto que era considerada por algunos sectores como una sustancia tóxica. Sin embargo esta última era una idea aún debatida, prueba de ello es el siguiente extracto del Journal de Medicina General publicado en Berlín, 1880: "No cabe duda de que el alcohol puede tener efectos dañinos en manos de un irresponsable. Sin embargo, no por eso se le ocurriría a nadie llamar veneno

peligroso a algo de uso tan extendido, que se considera como una bendición productora de placer. Sin ningún reparo puede decirse lo mismo de la morfina”<sup>9</sup>

Por su parte, la cocaína (que es el alcaloide de la mata de coca) fue aislada en 1859 por Albert Niemann, en 1879 era usada para el tratamiento de la adicción a la morfina (la cuál a su vez había sido la forma de tratar la adicción al opio) y en 1884 Carl Koller descubrió sus propiedades como analgésico. Sin embargo, su propiedad más reconocida siempre ha sido la de vigorizante.

Lo anterior puede apreciarse en el slogan del vino de Bordeaux (lanzado en 1863 y cuya receta consistía en mezclar el vino con hojas frescas de coca), “Popular vino que fortifica y refresca el cuerpo y el cerebro”. La receta tuvo éxito, y durante esa misma época se propagó por Europa, dando lugar al Coca Mariani, considerado un gran elixir y en cuya etiqueta aparecía el Papa León XIII.

Inclusive la fórmula de uno de los productos más famosos en el mundo contemporáneo como lo es la Coca-Cola (lanzada en 1886) incluía 250 miligramos del alcaloide por cada litro de gaseosa. Esta situación debió cambiarse cuando se descubrió el potencial adictivo de la sustancia; su reemplazo fue la cafeína, otra ‘droga’ vigorizante y adictiva que ha acompañado a la humanidad desde hace varios siglos. De todas formas, aún hoy en día la producción de la Coca-Cola requiere extractos no alcaloides de hojas de coca.

Para finales del siglo este alcaloide (la cocaína) era producido y mercadeado por los laboratorios Merck de Europa y Parke Davis de Estados Unidos, cuya campaña comercial decía “no pierda tiempo sea feliz; si se siente pesimista, abatido solicite

---

<sup>9</sup> ESCOHOTADO, Aprendiendo de las drogas usos y abusos, prejuicios y desafíos, Op cit.



cocaína”<sup>10</sup>. Ya para este momento su uso (aún no penalizado) estaba difundiéndose rápidamente.

Fue así como a finales del Siglo XIX existía un mercado mundial de coca y como en todo mercado que sea susceptible de generar dividendos, no pasó mucho tiempo antes de que las potencias trataran de controlarlo. Desafortunadamente (tanto para ellos como para nosotros), la planta no prosperó por fuera de los Andes. Éstos antecedentes soportan la afirmación de Baratta, según la cuál “antes de la economía capitalista, las drogas eran, con alguna rara excepción, un aspecto normal de la cultura, de la religión y de la vida cotidiana en cada sociedad, no un problema”<sup>11</sup>; pues si bien a éstas alturas ya se conocían los efectos adictivos de éstas sustancias, no eran tratadas de una forma sustancialmente diferente a otras ‘drogas’ como el alcohol.

En el Siglo XX tanto el uso recreacional de las drogas como el mercado en torno a ellas estaban consolidados, sin embargo los cultivos se limitaban geográficamente a países tercermundistas y a colonias de las potencias europeas. Es por esto que los movimientos independentistas de las colonias, que fueron tan comunes durante este período, llevaron a que el mercado en general se le saliera de las manos a las potencias económicas. Esto influiría decisivamente en la ‘guerra contra las drogas’ declarada alrededor del último cuarto de siglo.

Otro factor determinante en el ‘estallido de la guerra’ fue el importante desarrollo tecnológico en torno a los productos químicos, no sólo porque a raíz de esto se introdujo una nueva generación de drogas (conocido como ‘drogas de laboratorio’

---

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> BARATTA, Alessandro. El Debate sobre la Despenalización. Introducción a una sociología de la droga. En: Revista Debates. Valencia, Septiembre de 1989, edición No. 29, Citado por SALAZAR. Op cit., p. 24.

o 'drogas sintéticas'), sino principalmente porque este sí era un mercado controlado por los países industrializados, lo que constituye un excelente argumento económico a favor de su legalidad tal y como pasó en 1660, a propósito del tabaco en Inglaterra. Ejemplo de esto es la tendencia actual de tratar a los adictos a la heroína (producida por grupos subversivos y comercializada por mafias internacionales) con metadonas (producida por laboratorios de países desarrollados) a pesar de que aún hoy existan serias dudas sobre la efectividad e idoneidad del tratamiento.

Sería demasiado extenso hacer un estudio completo sobre el tema de las drogas en las diferentes civilizaciones a lo largo de la historia, sin embargo para efectos del presente trabajo es suficiente demostrar que cada sociedad ha tenido una visión diferente del asunto, que ha estado influida por diversos intereses, dependiendo del momento y lugar. Esto ha dado lugar a diferentes tratamientos de mismas sustancias, de conformidad con las circunstancias sociales, religiosas, políticas y económicas del momento.

En últimas esto se refiere a lo que algunas personas han denominado la 'neutralidad ética de las drogas', es decir que éstas sustancias no son en sí mismas buenas o malas, lo bueno o malo es el uso que se les dé. Y esto es tan válido para las drogas como para los demás elementos presentes en nuestro planeta.

Por ejemplo, el agua es una sustancia imprescindible para la supervivencia de la mayor parte de las criaturas vivientes de la Tierra, es además el lugar en dónde se originó la vida; y a pesar de esto, ha dado origen a terribles torturas como la 'cura del agua' de la Inquisición española, 'la gota china' aplicada en los campos de prisioneros nazis y la más popular en lo que va de este siglo, consistente en sumergir a la víctima hasta casi la asfixia, la cuál aún hoy en día es usada por

varios organismos de inteligencia, e inclusive hacía parte de las tácticas del manual de interrogación de la CIA durante la administración de Bush Jr.

A pesar de que el agua es un compuesto que intrínsecamente no representa peligro alguno, hemos hallado la forma de darle un uso brutal en contra de nuestra propia especie. Sin embargo, también encontramos elementos intrínsecamente peligrosos como lo son las sustancias radioactivas, las cuáles si bien es cierto que tienen la capacidad de borrar la especie humana de la faz de la Tierra, también es cierto que son una excelente fuente de energía. No en vano tienen la capacidad de: proveer suficiente energía para cubrir el 16% de la demanda energética a nivel mundial; propulsar un submarino durante cientos de años sin necesidad de recargar más que víveres para la tripulación (desafortunadamente el submarino generalmente está cargado de ojivas nucleares); o usarse para obtener imágenes funcionales<sup>12</sup> de los órganos humanos.

Como bien dice Escohotado, “la cuerda que sirve al alpinista para escalar una cima sirve al suicida para ahorcarse, y al marino para que sus velas recojan el viento”<sup>13</sup>

## 1.2. BREVE RECUENTO DE LA HISTORIA NORTEAMERICANA. SXX.

Considero importante recordar algunos aspectos de la política estadounidense respecto al tema de ‘las drogas’, no sólo porque este es el país líder de la cruzada

---

<sup>12</sup> Este avance es lo que se conoce como medicina nuclear, que consiste en introducir un radiofármaco en el órgano en cuestión, para después observarlo a través de una gammacámara. Se dice que produce imágenes funcionales porque, a diferencia de una imagen radiológica no muestra una foto estática de nuestro interior, sino que muestra la forma en que están funcionando los diferentes órganos. UNIVERSITY OF VIRGINIA. ¿Qué es la medicina nuclear? [en línea]. [citado el 11 de Mayo de 2009]. Disponible en Internet: [http://www.healthsystem.virginia.edu/uvahealth/adult\\_radiology\\_sp/nucmed.cfm](http://www.healthsystem.virginia.edu/uvahealth/adult_radiology_sp/nucmed.cfm)>.

<sup>13</sup> ESCOHOTADO, Aprendiendo de las drogas usos y abusos, prejuicios y desafíos, Op cit., p. 237.

internacional en contra de las drogas, sino también, porque ha sido el aliado más importante de nuestro país en esta cruenta guerra<sup>14</sup>, en la que nos ha brindado apoyo económico, tecnológico y bélico.

Para empezar, es importante recordar que hasta 1907 en Estados Unidos, por regla general, podían comprarse y venderse todas 'las drogas' como un bien de consumo cualquiera<sup>15</sup>, es decir que no soportaban la prohibición y persecución de hoy en día.

Digo 'por regla general', pues en 1890 el Congreso Federal había aprobado una ley que limitaba a ciudadanos americanos el derecho de elaborar opio para fumar. Esto era así, porque la costumbre de fumar opio era común entre los inmigrantes chinos (no entre los norteamericanos), y éstos habían venido desplazando la mano de obra local por ofrecer menores costos, hecho que se hizo ostensible durante la construcción del ferrocarril que unió al Este con el Oeste. Finalmente, en 1906 el Congreso de los Estados Unidos expidió el *Chinese Exclusion Act*, en dónde ahorrándose argumentos farmacológicos, excluyó de plano la mano de obra china. Para este momento la persecución no tuvo eco en Europa porque existía una alta estima de los científicos hacia las bondades medicinales de la planta y además porque las potencias coloniales llevaban siglos beneficiándose con su comercialización.

Una vez más se hace evidente la importancia del discurso económico en la posición frente al problema. Esto explica por qué USA prohibió el opio antes que la heroína,

---

<sup>14</sup> El presente recuento histórico, está elaborado fundamentalmente a partir del análisis normativo hecho por OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. 1ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1998. p. 11 - 84.

<sup>15</sup> SALAZAR. Op. cit., p. 94.

a pesar de que en esa época ya se sabía que los efectos secundarios de ésta son mucho más problemáticos que los de aquél.

Aprendida la experiencia con los chinos (que terminó en el embargo de las propiedades norteamericanas en China), USA trató de atajar las inmigraciones judías, irlandesas y en general de los europeos del sur (como italianos, griegos y yugoeslavos bebedores de vino), prohibiendo el consumo de alcohol mediante la Enmienda 18 también conocida como Ley Seca, Ley Volstead<sup>16</sup> o Ley de Prohibición Nacional, que fue adoptada el 30 de Junio de 1919 y se aplicó desde el 16 de Enero de 1920. Sin embargo la medida fue justificada desde la perspectiva moral y no desde el plano laboral-económico; este encubrimiento de los verdaderos intereses que propugnan la prohibición, será un elemento constante en la historia de las sustancias psicoactivas.

A pesar de que esta medida es recordada como un desastre, la filosofía represiva en la que está inspirada es prácticamente la misma que orienta las normas actuales que prohíben el tráfico, la fabricación y el porte de sustancias psicoactivas. Quizás por eso es que los resultados de ambas disposiciones son tan similares.

Y es que 6 años después de entrar en vigencia la 'Ley Seca' las autoridades estimaban la existencia de alrededor de 100.000 bares secretos en las principales ciudades de ese país (en realidad, es difícil tener datos exactos, pues la misma prohibición genera clandestinidad por lo que el fenómeno es imposible de supervisar y controlar de la misma forma que un negocio lícito y por lo tanto públicamente expuesto, esto también es una constante en la historia de 'las drogas'). Paralelamente, los elevados precios que caracterizan los mercados

---

<sup>16</sup> El nombre viene del mayor promotor de la iniciativa, el diputado de Minnesota Andrew Volstead.

negros generaron excelentes dividendos para los mafiosos dedicados al negocio, lo que les permitió sobornar a autoridades policiales y políticas escapando así al 'brazo de la Ley'. El poder generado por las ganancias terminó desencadenando una ola de violencia nunca antes vista, esto se evidencia en un aumento del 78% en la cantidad de homicidios con respecto a la anterior década.

Mientras tanto, por otra parte, debido a la especial persecución de los involucrados, la cantidad de presos federales aumentó en un sorprendente 561%. De todas formas, se estima que los 1550 agentes federales dedicados al operativo anti-alcohol sólo lograron decomisar el 5% de la producción clandestina; la cuál, a su vez, generaba altos índices de intoxicación por falta de calidad del producto.

Al respecto, coincido con Alonso Salazar, quién considera que "este episodio fue la ejemplificación de lo que sucedería en las décadas posteriores con la proscripción de otras drogas"<sup>17</sup>. Quizás el único elemento que difiere en ambas situaciones es el efecto de la medida sobre el consumo efectivo, que, como se dijo anteriormente es un dato basado en cifras difíciles de comprobar. De todas formas, para los más optimistas la Ley Seca generó una disminución del 15% en el consumo de alcohol, mientras que nadie, por más optimista que sea, podría considerar que el consumo de 'drogas ilegales' ha disminuido<sup>18</sup>. De igual manera, aceptando en gracia de discusión que aquella cifra es exacta, cabe preguntarse si por ese 15% valió la pena dar paso a figuras que generaron tantas muertes, corrupción y violencia como Al Capone o Bugsy Seagal.

---

<sup>17</sup> SALAZAR. Op. Cit., p. 27.

<sup>18</sup> Esto teniendo en cuenta todas 'las drogas ilícitas' y toda la población mundial. De lo contrario el resultado es aparente, un ejemplo sería celebrar la disminución en el consumo de LSD con respecto a los 60's.

A principios del siglo XX, el uso de la morfina se propagó como consecuencia de las dos Guerras Mundiales. Al finalizar la WW II, USA tenía un problema de morfinismo entre sus veteranos, sin embargo gracias a la victoria aliada, había logrado consolidarse como 'la superpotencia' occidental más importante. Quizás ahora, el mundo sería más receptivo a la posición estadounidense sobre el tema. Sin embargo, durante la década de los 50's, no se presentaba un elevado consumo, por lo que el problema no tenía impacto económico alguno. De hecho, su consumo se asociaba con las clases bajas y criminales, y en menor medida con otras clases marginales como los Beatniks<sup>19</sup>, nótese que ya en este momento se hace presente la tendencia de relacionar las palabras 'consumidor' y 'delincuente'.

La siguiente década se caracterizó por la propagación de movimientos contraculturales<sup>20</sup> y el acelerado desarrollo de las industrias farmacéuticas. Esto llevó a que el consumo dejara de ser exclusivo de las clases marginales, extendiéndose por toda la juventud. Al 'alcanzar' a jóvenes blancos de clase media, se hizo necesario redefinir la palabra 'adicto'. De delincuente pasó a ser un enfermo incapaz de mantener su autocontrol sobre el uso de 'las drogas'; mientras que el dealer o vendedor se convirtió en el verdadero delincuente.

Lo curioso, es que no existía una norma que estableciera un parámetro objetivo para decidir quién era traficante y quién consumidor. En el presente, nuestro país ha optado por determinar esta situación según la cantidad que se porta (dosis

---

<sup>19</sup> Término inventado en 1958 por Herb Caen para referirse despectivamente a la Generación Beat y a sus seguidores, mediáticamente fue asociado con la moda de los jóvenes y con los comportamientos de vandalismo sexo desenfrenado, pandillas y violencia. WIKIPEDIA. Beatnik [en línea]. [citado el 13 de Abril de 2009]. Disponible en Internet: <<http://es.wikipedia.org/wiki/Beatnik>>.

<sup>20</sup> El más reconocido es el hipismo, cuyo origen etimológico es la palabra 'hipi' que significa 'para ver' en el lenguaje Wolof del oeste africano. Esta se relaciona con la libertad de experimentación por parte de los jóvenes en torno al sexo y a las drogas.

mínima), puede que no sea la solución más acertada como veremos más adelante, sin embargo, por lo menos es una solución impersonal. Pero en este momento, la diferenciación quedaba en manos del juez, quién debía decidir si el capturado era un enfermo o un delincuente sin ningún parámetro objetivo; de todas formas, esta decisión no podía ser arbitraria, por lo que los jueces recurrían al 'background' del acusado, es decir a las circunstancias que rodean su vida. Por esto fue que la etiqueta de delincuentes y traficantes se mantuvo en las clases sociales más pobres, mientras que los ricos fueron clasificados como enfermos y verdaderas víctimas de este 'terrible flagelo'.

El 20 de Enero de 1969 se posesionó Richard Milhouse Nixon como el Presidente de los Estados Unidos número 37. Desde el inicio de su presidencia, la lucha contra 'las drogas' ocupó un papel preponderante. Prueba de esto es el Operativo 'Intercept' (puesto en marcha en 1969), que consistió en un contundente golpe al tráfico mexicano que ingresaba marihuana, hongos y peyote a ése país. Sin embargo, el éxito del operativo fue relativo, pues terminó abriendo el mercado de heroína proveniente de Vietnam y el de marihuana proveniente de Colombia y Jamaica.

Este nuevo afán de internacionalizar el problema respondía al planteamiento oficial de la nueva política frente a las drogas. El White Paper elaborado por Kissinger, Rockefeller y Bartels, proponía controlar la elaboración de materias primas mediante el apoyo a los gobiernos de los países productores, esto se conoce como 'la doctrina del enemigo externo'. En otras palabras, USA exportó al resto del mundo su concepción del papel represivo que debe jugar la Ley en materia de drogas.



Pero una vez más, existían intereses escondidos. Los principales productores de heroína (la Tribu Meo en el triángulo dorado del sudeste asiático) eran aliados estratégicos de la CIA en la guerra contra el comunismo, mientras que los principales distribuidores eran mafiosos relacionados con altas esferas del gobierno. Por esta razón, fue necesario buscar otro candidato para 'materializar' al enemigo externo.

El elegido fue China, a pesar de que los grandes volúmenes de heroína que entraban a Estados Unidos durante este período, lo hacían en aviones de la Fuerza Aérea (incluso en los ataúdes de los soldados muertos en combate) y provenían de Vietnam. No obstante, este no fue el único papel de la guerra en el incremento del consumo de heroína durante la década de los 70's, pues se estima que aproximadamente el 40% de los soldados que regresaban, terminaban convirtiéndose en heroinómanos.

En Julio de 1973 se creó la DEA (Drug Enforcement Administration), el organismo encargado de la lucha contra 'las drogas' en Estados Unidos. En ése momento contaba con 1.470 agentes especiales y un presupuesto de menos de 75 millones de dólares. Siguiendo la línea de internacionalización de 'la guerra', un año después de haber sido creada, la DEA ya contaba con presencia en 31 países a través de sus 43 'oficinas foráneas'.

Latinoamérica acogió la doctrina exportada por Estados Unidos. Varios países (entre ellos Colombia), crearon sus propios organismos dedicados a combatir el narcotráfico. Pero el éxito de esta 'exportación' no se limitó a la creación de entidades destinadas a acabar con el narcotráfico, también se adoptaron el estereotipo de enfermo o delincuente según el estrato y las campañas de desinformativas sobre los efectos de 'las drogas'.

Con respecto a éstas últimas, se hace evidente la falta de un análisis científico del asunto. Por esto, es que se presentaban los efectos del consumo de heroína en particular como de 'las drogas en general'. También es por esto que se consideraba a la marihuana como la 'droga' más peligrosa, no en atención a sus verdaderos efectos nocivos sobre el cuerpo (que como se sabe son de los menos dañinos en el catálogo de drogas tanto legales como ilegales), sino en atención a los altísimos niveles de consumo.

Y es que si bien es cierto que la 'guerra' de Nixon se enfocaba principalmente en la internacionalización del asunto, también es cierto que se trataba de un programa integral que atacaba al 'enemigo' por todos los frentes. Además de estas campañas desinformativas, se empezó a ejercer control sobre la venta de la parafernalia relacionada con las drogas. Esto, en últimas, terminó provocando la falta de control por parte del consumidor sobre calidad y cantidad de la sustancia, lo que a su vez generó innumerables casos sobredosis y puso en el mapa el llamado 'policonsumo'<sup>21</sup>.

El 8 de Agosto de 1974 el adalid de la guerra contra las drogas debió renunciar a su cargo de Presidente tras estallar el escándalo Watergate. De acuerdo con la investigación, se comprobó que Nixon y su equipo habían incurrido en espionaje político, fraude electoral, interceptación ilegal de comunicaciones, obstrucción a la justicia, entre otros. El protector de la moral y la juventud estadounidenses se convirtió en el único Presidente de los Estados Unidos que ha renunciado a su

---

<sup>21</sup> Al no tenerse control sobre la cantidad, tampoco se tiene control sobre los efectos. Así, para obtener la sensación deseada, se hace necesario equilibrar los efectos de una droga con otra. Este 'policonsumo' genera mayores problemas fisiológicos y psicológicos.

cargo, tras haber incurrido en prácticas abiertamente antidemocráticas y poco éticas.

Un año más tarde, con las tropas norteamericanas retirándose de Vietnam, la heroína dejó de fluir hacia USA. Esto preparó el terreno para la reaparición de una vieja conocida, la cocaína. Los medios la presentaban como elegante y eufórica, todo un símbolo de éxito asociado con héroes de la época tales como músicos y deportistas.

Esto llevó a que entre 1977 y 1982 sus consumidores pasaran de ser 1.6 millones a 4.2 millones (lo que significa un aumento de más del 260%); mientras que el número de personas que admitían haberla probado pasó de 5.4 millones a 21.6 millones (es decir, aumentó en un 400%)

Para este momento, la cocaína tenía un elemento muy importante que la diferenciaba de todas 'las drogas' anteriores. Su tráfico ya no estaba controlado por la Cosa Nostra, que tradicionalmente se había mantenido relacionada con la clase política. Ahora el mercado estaba en manos de los productores de los países andinos que inicialmente la comercializaban a través de narcotraficantes norteamericanos ajenos a las Familias de la Mafia. El más célebre de ellos es George Jung, quién trabajó para el Cartel de Medellín como socio de Carlos Lehder y fue responsable de más del 70% de la cocaína que se entró a USA durante los 70's.

A pesar del éxito de esta estructura, para los años 80's los traficantes andinos terminaron prácticamente apropiándose de toda la cadena productiva. Esto se logró a través de inmigrantes latinoamericanos ilegales, que además de controlar 'desde allá' el negocio, también generaban nuevas formas de actividad criminal. El

terrorismo empezó a asociarse con el narcotráfico, lo que produjo un aumento de penas a los delitos relacionados con esta actividad. Este panorama marcaría el nuevo énfasis de la política estadounidense: los departamentos del Tesoro y la Justicia debían controlar los narcodólares que generaban violencia y corrupción.

Sin embargo, era necesario 'mantener la línea en los demás frentes', por lo que paralelamente se fortaleció la DEA<sup>22</sup>, se conservó la teoría del 'enemigo externo' y se continuó con el adoctrinamiento a nivel interno. Es evidente el abandono del enfoque médico, pues según la nueva doctrina, tanto los traficantes como los consumidores son considerados como enemigos a favor de 'las drogas', que por su parte, son sustancias peligrosas que causan la muerte.

Para los años 90's el 'boom' de la cocaína había llegado a su fin, esto frenó la tendencia al alza de su consumo, manteniendo de todas formas un volumen importante de ventas. La Heroína volvió a ponerse de moda, las drogas sintéticas como el éxtasis pulularon a lo largo de la década y el crack<sup>23</sup>, al igual que durante los 80's, continuó siendo la droga 'de los pobres' por excelencia. El consumo en general aumentó, sólo que se diseminó gracias al ahora más amplio catálogo de 'drogas'.

Entre tanto, el gobierno estadounidense conservó la tendencia de los 80's de 'mantener todos los frentes de la guerra'; sin embargo, recuperó el discurso médico, por lo que el adicto volvió a ser considerado como un enfermo que

---

<sup>22</sup> DEA en 1973 tenía 1423 agentes y 74'9 millones de presupuesto; en 1985 2429 agentes y 359'5 de presupuesto, incluso a costa de otros rubros. Por ejemplo, la educación pasó de disponer presupuestalmente 404 millones en 1981 a 253 milones en 1985.

<sup>23</sup> El *crack* se elabora macerando las hojas de coca con queroseno; a la pasta resultante suele agregársele bicarbonato de sodio para aumentar el volumen y disminuir su costo. El nombre, proviene del ruido que hacen las piedras de esta droga al calentarse para ser fumada.

necesita de la intervención del Estado para recuperar su salud. También, volvió a priorizar la doctrina creada por el dimitido presidente Nixon. Prueba de esto fue la firma del Plan Colombia, concertado entre los gobiernos de Clinton y Pastrana.

Después de los atentados perpetrados por Al Qaeda el 11 de Septiembre de 2001, hubo un vuelco en las prioridades norteamericanas. El terrorismo pasó a ser el tema principal en Washington, por lo que 'las drogas' juegan un papel central en tanto que son formas de financiación de grupos que representan una amenaza a la 'Seguridad Nacional', esto mantiene en boga la doctrina del enemigo externo.

Si bien la política de los Estados Unidos frente al tema varió durante el siglo pasado, desde la presidencia Nixon adquirió matices que aún hoy en día se mantienen. A este respecto, coincido con Douglas Husak, para quién:

La estrategia represiva adoptada por el gobierno estadounidense e impuesta a las demás naciones por la gran potencia se funda en un razonamiento simplista, que la realidad se ha encargado de contradecir. Esta estrategia consiste en destruir sembradíos, dismantelar laboratorios, pistas de aterrizaje y vehículos que sirven para transportar las drogas, apresar a los traficantes, confiscar sus bienes e interceptar cargamentos, tanto en los lugares de origen como en los de tránsito y en los mercados donde se consumen las drogas, unido lo anterior al apresamiento también de consumidores. Esto hace que el precio de las drogas se vuelva tan elevado que los consumidores no pueden adquirirlas, Al mismo tiempo, las penas impuestas a traficantes y compradores llevarán, según la misma lógica, a disuadir a los primeros de fabricarlas y a los segundos de comercializarlas<sup>24</sup>.

Como veremos más adelante, los resultados que esta política ha arrojado durante más de un cuarto de siglo distan mucho de ser los esperados.

---

<sup>24</sup> HUSAK, Douglas. Drogas y Derechos. Traducido por Gustavo de Greiff. 1º ed. México D. F.: Fondo de cultura económica, 2001. p. 6.

### 1.3. BREVE RECUENTO HISTÓRICO-NORMATIVO DEL PROBLEMA EN NUESTRO PAÍS

Antes de empezar, debo aclarar que nuestra historia y la de USA se interrelacionan, especialmente durante el último cuarto del Siglo XX, por lo que no es sorprendente encontrar coincidencias discursivas entre ambos países. Esto no se debe solamente a que Colombia haya sido uno de los 'importadores' de la estrategia estadounidense, sino también, a que ellos son los mayores consumidores y nosotros, uno de los principales productores.

Hecha esta aclaración, podemos entrar en materia. Inicialmente, es importante recordar que en la época precolombina la hoja de coca era un producto de gran importancia para las tribus asentadas en lo que actualmente es nuestro país. Inclusive existen indicios de que la coca era un elemento de intercambio en el mercado chibcha de Sogamoso.

Durante la conquista, la Iglesia se opuso al consumo de coca por considerarla un peligro que podía llevar al indígena 'a recaer' en sus tradiciones paganas<sup>25</sup>. Sin embargo, para los conquistadores, la coca generaba mejor mano de obra y más barata, pues les permitía soportar el hambre y las fatigas a los indígenas esclavizados.

Para mediados del siglo XVI el narcotráfico ya era una actividad lucrativa en plena difusión, por lo que en 1560 Felipe II ordenó castigar a quienes se dedicaban a dicha operación. Posteriormente esta decisión fue revocada debido a presiones ejercidas por españoles cultivadores de esta planta, limitándose a establecer unos topes sobre el volumen de producción.

---

<sup>25</sup> SALAZAR. Op cit. p. 24.

Durante el 'boom' de la cocaína a finales del Siglo XVIII, el gobierno buscó convertirla en un producto de exportación. Durante casi 40 años se recogieron los frutos de este importante mercado, sin embargo cada vez se hacían más estrictos los controles sobre 'las drogas' en general, y por tanto sobre la cocaína en particular.

En 1928 fueron expedidas las leyes 11 y 118. Mediante estas leyes, se reguló de manera general la importación y venta de drogas que se consideraba generaban "hábito pernicioso". Se establecieron entonces algunas formas de control sobre la producción y el tráfico de estupefacientes.

En 1936 se expidió el Código Penal, donde se consagraron como conductas penalmente sancionables la elaboración, distribución, venta o suministro de sustancias narcóticas, su conservación para los mismos fines y la destinación de locales para el uso de drogas heroicas o estupefacientes, al igual que el permiso, en ellos, para su uso.

Como puede apreciarse, hasta el momento no se consideraba que el consumo de 'drogas' fuera un delito. Más aún, el artículo 29 estipulaba que quien cometiera un delito bajo efectos de tales sustancias sería recluido en un manicomio criminal. En otras palabras, para el Código de 1936, quién cometía un delito estando bajo dichos efectos, era lo que hoy en día conocemos como 'un inimputable'. Nótese que al asimilarlo con un 'loco' se estaba recogiendo el discurso médico anteriormente explicado.

Para los años 50's ya se habían disparado las alarmas por la proliferación de narcotraficantes, lo que llevó al General Rojas Pinilla a firmar el Decreto 0014 de

1955, el primer antecedente legislativo en nuestro país por medio del cual se dictan "Disposiciones sobre Prevención Social". Su orientación era eminentemente peligrosista, pues penalizaba a personas "no propiamente por haber cometido un delito, sino por haberse colocado en cualquier circunstancia que se juzgara conducente a él"<sup>26</sup>. Hechos como el consumo de sustancias psicoactivas e inclusive (denotando una posición mucho más extremista) el desempleo eran consideradas como peligrosas para la sociedad, por lo que eran afrontadas mediante normas penales.

Como había mencionado anteriormente, durante la década de los sesentas y setentas se experimentó el mayor incremento global en el consumo de 'drogas' que hasta el momento se había visto. Esta situación, planteó la necesidad de cambiar el fundamento de la penalización de estas conductas. Ya no se trataba del peligro potencial que representan los consumidores para el orden social, sino del daño que efectivamente empezaban a causar en el país el narcotráfico y las conductas conexas a esta actividad (como lo son la corrupción, el terrorismo, etc.). Era hora de crear nuevas leyes, capaces de hacer frente a un problema que ya empezaba a salirse de control.

Este era el panorama de la situación, cuando en 1973 le fueron conferidas facultades extraordinarias al Gobierno de Misael Pastrana mediante la Ley 17. De éstas facultades surge el Decreto 1188 de 1974, también llamado "Estatuto Nacional de Estupefacientes" en dónde se creó el Consejo Nacional de Estupefacientes. Esta norma, como nos recuerda Juan Camilo Córdoba:

---

<sup>26</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia del 30 de Marzo de 1993 Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero (Sentencia C-127). Salvamento de voto. Dr. Carlos Gaviria Díaz.



Abogaba por castigar punitivamente a quienes se ocupaban de las diferentes facetas del negocio ilícito en sus etapas iniciales, así como a todos aquellos que portaban drogas para su uso personal, estos últimos a través del arresto por el lapso de un mes a dos años. Se incluyó también la modalidad culposa de comisión para los delitos relacionados con los estupefacientes<sup>27</sup>, denotándose desde entonces en nuestro medio una evidente drasticidad enfrente del fenómeno de las drogas, no obstante que el mismo no había alcanzado la magnitud adquirida algunos años después<sup>28</sup>.

Para este momento, en Colombia ya existían mafias dedicadas al narcotráfico, pero hasta ahora estaban en proceso embrionario, por lo que no tenían suficiente poder (corruptivo, económico, político, armado, etc.) para mantener una guerra frontal con el gobierno. Sin embargo, esta situación cambiaría en menos de 10 años.

Hacia 1976 fue creado el Cartel de Medellín. Pablo Escobar dirigía esta organización delictiva, en la que también participaban mafiosos hoy en día reconocidos, como Gonzalo Rodríguez Gacha, los hermanos Ochoa (considerados como 'socios capitalistas' de la 'compañía') y Carlos Lehder (encargado de comercializar el producto ya en USA).

El auge de la cocaína en Estados Unidos generó grandes dividendos para esta asociación criminal, por lo que su poder al empezar los años 80's era indiscutible. La gran fortuna de Escobar le permitió incursionar en la política donde llegó a ser Representante a la Cámara. Sin embargo, su notoriedad llevó a que fuera denunciado públicamente como narcotraficante y asesino por el entonces Ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla.

---

<sup>27</sup> Artículo 44 del Decreto 1188 de 1974: "Al que por negligencia incurra en alguna de las conductas reprimidas en los artículos 37 a 42 de este estatuto, se le impondrá la sanción en ellos prevista, disminuida hasta en las tres cuartas partes".

<sup>28</sup> CÓRDOBA ESCAMILLA, Juan Camilo. "Por qué decir no a la penalización de la dosis mínima de estupefacientes", En: Estudios Penales. Libro homenaje a Bernardo Gaitán Mahecha, Legis, Bogotá, 2005.

Este acontecimiento desencadenó uno de los períodos de violencia más recordados en la historia de nuestro país. La fórmula de 'plata o plomo' se tradujo en corrupción y muertes de civiles, periodistas, políticos (incluido Lara Bonilla) y miembros de la Fuerza Pública. El enfrentamiento alcanzó su peor punto en 1985 con la toma del Palacio de Justicia a manos del M-19 por encargo de Escobar.

Además, desde esta época el narcotráfico ya era un negocio asociado con la guerrilla, sólo que no era el problema principal en ése momento. Como nos recuerda Enrique Gómez Hurtado, las guerrillas crecen a partir del narcotráfico: en 1981 había 1.800 guerrilleros y 3.500 Hectáreas sembradas de coca; en 1988 había 9.255 guerrilleros y 27.000 Hectáreas. Esto implica un incremento de la subversión del 414% entre 1981 y 1988, contra apenas un 27% entre 1974 y 1980<sup>29</sup>.

Así, en 1986 se expidió la Ley 30 o el "Estatuto Nacional de Estupefacientes". En él se establecían campañas de prevención y programas educativos; campañas de prevención contra el consumo de alcohol y del tabaco; controles sobre la importación, fabricación y distribución de sustancias que producen dependencia; los procedimientos para la destrucción de plantaciones y sustancias incautadas; el tratamiento y la rehabilitación de personas fármaco dependientes; regulaba el Consejo Nacional de Estupefacientes; en los capítulos 5 y 6 se consagraban los delitos y las contravenciones respectivamente; y finalmente en el capítulo 1 se establecen los "principios generales", donde se definen ciertas palabras relevantes al tema. Esto último denota la intención del legislador de no dejar vacíos en la parte legal respaldándose en apreciaciones de carácter 'técnico-científicas'.

---

<sup>29</sup> GÓMEZ HURTADO, Enrique. Hacia una nueva visión política de las drogas. En: ¿Legalizar la droga? -Seis escritos sobre el tema-. 1º ed. Medellín: Editorial Corporación Región, 1994. p. 58.

Es importante mencionar que esta Ley reintroduce el concepto de dosis para uso personal, como una cantidad cuyo porte inicialmente se sanciona con arresto, pero que da la opción de someterse a un tratamiento especial de rehabilitación. Esto evidencia el regreso al discurso médico, olvidado durante la vigencia del Decreto 1188 de 1974.

Sin embargo, a pesar de la Ley 30, durante la presidencia de Virgilio Barco, Pablo Escobar cometió algunos de los crímenes más recordados de nuestra historia reciente:

El 18 de Agosto de 1989 se produjo en Soacha Cundinamarca el homicidio del candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento.

El 27 de noviembre de 1989 estalló el vuelo 203 de Avianca, un Boeing 727 que hacia conexión con Bogotá y Cali.

El 6 de diciembre de 1989 estalló una poderosa carga explosiva, que se calcula en 500 Kilogramos de dinamita, frente a la sede del DAS en Bogotá, el objetivo era asesinar a su director, el General Miguel Alfredo Maza Márquez.

En 1991 tras forzar el cambio constitucional que proscribió la extradición, Pablo Escobar se entregó a las autoridades y fue recluso en "la Catedral", prisión que él mismo mandó a construir. Desde allí continuó gestionando sus actividades ilícitas, dentro de las que se incluye el asesinato de los hermanos Moncada Galeano (antiguos colaboradores), hecho que dio origen a la creación de los Pepes (o, perseguidos por Pablo Escobar, este es el germen de las autodefensas) y a la orden de trasladarlo de prisión, orden que nunca se haría efectiva. Escobar se fugó el 20 de

Julio de 1992 tras haber sido alertado del traslado. Finalmente murió el 3 de Diciembre de 1993 en un tiroteo con la policía.

Con el mayor capo de todos los tiempos dado de baja, se pensó que a 'las drogas' les había llegado 'el principio del fin'. Lo que no se pensó (y era obvio) fue que ya había fila para adueñarse de un negocio tan lucrativo. En esas circunstancias se hizo notorio el Cartel de Cali, que era dirigido por los hermanos Rodríguez Orejuela y había sido aliado de las autoridades colombianas en la 'cacería' de Pablo Escobar (su más grande competidor). Así la organización criminal se fortaleció inmensamente, llegando a ser responsable del 80% de la cocaína que entraba a USA a mediados de los 90's.

En ésta época los 'narcos' eran literalmente dueños del país. Si bien la excesiva violencia desplegada en los 80's por Escobar ya se tornaba en un recuerdo lejano, estudios del INCORA señalan que a principios de 1994, 30.000 de los 1'138.000 km<sup>2</sup> del territorio colombiano pertenecían al narcotráfico, eso es equivalente a la extensión territorial de Holanda, Bélgica o todo Santander. Esta cifra no sólo se triplicó desde 1988, sino que incluía un 30% de las tierras colombianas dedicadas a la ganadería intensiva.<sup>30</sup>

El gobierno de Ernesto Samper, envuelto en serios escándalos por la financiación de su campaña presidencial con dineros del narcotráfico, logró disolver el Cartel de Cali llegando a acuerdos con los principales capos, pero la frase "los narcotraficantes son vencibles, el narcotráfico no"<sup>31</sup> una vez más se hizo ostensible. Los negocios del cartel de Cali pasaron a manos del Cartel del Norte del Valle que aún hoy exporta cocaína a Estados Unidos. Además este negocio

---

<sup>30</sup> Ibid. p. 57.

<sup>31</sup> SALAZAR. Op. Cit., p. 28.

también constituye actualmente la principal fuente de financiación de los dos principales actores armados al margen de la ley: la guerrilla (que como se vio, desde los 80's se aprovecha de este negocio) y los paramilitares (que surgieron como respuesta a la ineptitud del Gobierno para proteger a sus ciudadanos, y se consolidaron como un grupo terrorista, asesino y narcotraficante).

El 5 de Mayo de 1994, la recién creada Corte Constitucional profirió la sentencia C-221 (MP Carlos Gaviria Díaz), en donde se declararon inexecutable los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes). En términos prácticos esto se tradujo en la despenalización del porte de la dosis mínima o dosis personal, lo que supuso un cambio radical en la visión que se tenía respecto al tema. Debido a la trascendencia de esta providencia, la trataré por separado al finalizar este aparte.

Casi 10 años después, en 2002 se posesionó como Presidente de la República de Colombia Álvaro Uribe Vélez, quien desde ese momento ya buscaba mediante algún instrumento jurídico 'dar marcha atrás' a la decisión tomada por la Corte Constitucional.

El primer intento fue un referendo, que a pesar de no haber sido aprobado, vale la pena analizar. El artículo 16 (Contra el Narcotráfico y la Drogadicción) de la Ley 796 de 2003<sup>32</sup> originalmente establecía:

PREGUNTA: PARA PROTEGER LA SOCIEDAD COLOMBIANA, PARTICULARMENTE SU INFANCIA Y SU JUVENTUD, CONTRA EL USO DE COCAINA, HEROINA, MARIHUANA, BAZUCO, EXTASIS Y CUALQUIER OTRO ALUCINOGENO, ¿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

---

<sup>32</sup> Esta era la ley por medio de la cual se convocaba el referendo.

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<sup>33</sup>.

La Corte Constitucional declaró este numeral inexecutable por vicios de forma, en sentencia C-551 proferida el 9 de Julio de 2003 (MP Dr. Eduardo Montealegre Lynett). Aun cuando la Corte no tuvo que pronunciarse de fondo al respecto, considero necesario analizar la forma en que se redactó la pregunta.

Claramente retoma la noción peligrosista, incitando al lector a satanizar cualquier actividad relacionada con las drogas, especialmente cuando se mencionan a los niños y a la juventud<sup>34</sup>, lo que induce a que la respuesta del votante sea obvia, pues quien no esté de acuerdo con lo allí propuesto atenta contra pilares fundamentales de la sociedad como lo son las generaciones futuras.

Esta propuesta estaba también fuera de lugar por el mismo artículo en el que se buscaba incluir la reforma, pues la sanción de las conductas allí descritas no tiene nada que ver con la protección del desarrollo de la personalidad. Más aún, esta posición "antagónica a lo que constituye el núcleo del libre desarrollo de la personalidad, como aquella facultad individual de escoger entre varias opciones

---

<sup>33</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Artículo 1º, numeral 16 de la Ley 796 (21, enero, 2003). Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2003.

<sup>34</sup> Después de mostrar que la despenalización del porte llevaría inminentemente sustancias alucinógenas a manos de sus hijos, ¿Qué padre de familia (votante) no buscaría su penalización?

vitales la que desee, así la misma aparezca ante los otros, incluido el Estado, como indeseable e inmoral”<sup>35</sup>.

Sin embargo, el Presidente Uribe estaba lejos de rendirse. Durante los siete años de su mandato ha hecho más de cuatro intentos para criminalizar la dosis personal. El primero fue el referendo anteriormente tratado, mientras que el último está siendo tramitado en el Congreso en este momento, y consiste en un acto legislativo que recoge una sugerencia de la ONU implementada en varios países.

Este proyecto implica la creación de tribunales especiales conformados no sólo por juristas, sino también por especialistas médicos que deciden la suerte del adicto (prisión, rehabilitación, etc.). Llama la atención que esta figura originalmente está concebida para entrar en acción cuando se comete un delito debido al estado de adicción, es decir que el consumo no es en sí mismo el delito procesado. Entendidos de esta forma, dichos tribunales constituyen un ingenioso mecanismo para darle un tratamiento especializado a quienes su adicción (enfermedad) los ha llevado por el camino de la criminalidad. Pero esta figura es sustancialmente diferente de la propuesta por el Gobierno Nacional, pues los tribunales juzgarían a cualquier persona que porte la dosis mínima o que sea detenida estando bajo los efectos de ‘las drogas’ ilícitas, independientemente de que haya cometido un delito o no. De esta forma, los ‘tribunales terapéuticos’ se convierten en un ingenioso mecanismo para coartar las libertades civiles amparándose en un erróneo concepto de Salud Pública, como lo veremos más adelante.

Después de observar nuestra historia, se puede evidenciar el característico peligrosismo de nuestros legisladores, que frente a la proliferación de un delito solo pueden responder con un régimen penal más drástico que el anterior. Esta

---

<sup>35</sup> CÓRDOBA ESCAMILLA. Op cit. p. 620.

respuesta no suele ser la más conveniente, en especial cuando la conducta tiene profundas implicaciones sociales y culturales como sucede en el presente caso. Y es que a pesar de tener las cifras más importantes en lucha contra el narcotráfico, decomisos y erradicación de cultivos, nuestro país sigue sufriendo las peores consecuencias de esta guerra impuesta por los países desarrollados.

### 1.3.1. Sentencia C-221 de 1994.

Como señalé anteriormente, considero necesario tratar este importante hito jurídico al margen del recuento histórico que he venido presentado.

Quizás, el mayor aporte de esta providencia sea que por primera vez un organismo del Estado llama la atención sobre el peligrosismo que había caracterizado las regulaciones anteriores, en un intento por detener el avance de las regulaciones drásticas y primitivas.

Dentro de un sistema penal liberal y democrático, como el que tiene que desprenderse de una Constitución del mismo sello, debe estar proscrito el peligrosismo, tan caro al positivismo penal, hoy por ventura ausente de todos los pueblos civilizados. Porque a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace. A menos que el ser drogadicto se considere en sí mismo punible, así ese comportamiento no trascienda de la órbita más íntima del sujeto consumidor, lo que sin duda alguna es abusivo, por tratarse de una órbita precisamente sustraída al derecho y, a fortiori, vedada para un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica. Sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SALVAMENTO DE VOTO (MMPP: Drs. Jose Gegorio Hernández, Hernando Herrera, Fabio Morón y Vladimiro Naranjo). Sentencia C-221 (5, mayo, 1994). Por medio de la cual se resuelve la exequibilidad del literal j) del artículo 2o. y del artículo 51 de la ley 30 de 1986. Bogotá D.C., 1994.



Esta providencia nos plantea los principales argumentos para defender tanto la posición de quienes se oponen a la despenalización de la dosis personal, como de quienes se oponen a la penalización. A continuación esbozo resumidamente cuales son:

Por una parte quienes consideran que la penalización respecto al porte y/o consumo de drogas debe ser absoluta respaldan su posición en los siguientes argumentos:

- El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto: Es decir que no consiste en una "facultad ilimitada de cada quien de hacer o no hacer lo que le plazca con su vida, aún llegando a extremos de irracionalidad -como atentar contra su propia integridad física o mental-(...)"<sup>37</sup>.
- Repercusiones sociales de la despenalización: Quienes consideran que la dosis personal debe ser penalizada, sostienen que el consumo no es un acto privado, sino que trasciende perjudicialmente a la sociedad, afectando esferas tan importantes como lo es la familia; igualmente afirman que el aumento del consumo está íntimamente ligado con el aumento de la delincuencia. Lo anterior nos lleva a evidenciar un conflicto entre el interés particular (consumidor) y el interés general (sociedad).
- Irrenunciabilidad a la dignidad humana: El Estado debe propender por el cuidado y protección de la dignidad de quienes lo conforman, por ser algo inherente a la persona. Por su parte, el consumo de drogas lesiona primordialmente la dignidad del hombre, ya que al convertirlo en un ser dependiente del consumo, destruye su voluntad e inclusive su entendimiento

---

<sup>37</sup> Ibid.

llevándolo a un estado de irracionalidad que solo busca la satisfacción de una necesidad de placer inmediato.

- Contradicción narcotráfico – consumo: Siendo el narcotráfico un conjunto de operaciones delictivas drásticamente penalizadas resulta ilógico que su objetivo final (consumo) no se encuentre sancionado aun cuando sea en ciertas cantidades.
- Integración de Tratados Internacionales a la legislación colombiana: De acuerdo al artículo 3° de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, aprobada por la Ley 67 de 1993 y hallada exequible por la Corte Constitucional<sup>38</sup>, cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar en su derecho interno delitos relativos a la fabricación, la oferta, el transporte y el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
- Represión del consumo justificada por el concepto de Estado Social de Derecho (que debe proteger la salud, vida y productividad de los ciudadanos); la especial protección que deben recibir la familia, los niños y los adolescentes; y la prevalencia del interés general sobre el particular.

Por otra parte quienes están de acuerdo con la despenalización de la dosis personal argumentan:

- El principal argumento de quienes defienden esta posición consiste en considerar que el consumo de narcóticos no constituye por sí mismo una conducta

---

<sup>38</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena (MP: Dr. Alejandro Martínez). Sentencia C-176 (12, abril, 1994). Por medio de la cual se resuelve la exequibilidad de la Ley 67 de 23 de agosto de 1993. Bogotá D.C., 1994.

delictiva por no cumplir con el principio de antijuridicidad, ya que de acuerdo con el artículo 11 del Código Penal Colombiano (Ley-599/2000), "Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal". Como es evidente con una simple lectura, la mayoría de los argumentos esgrimidos por quienes están en desacuerdo con la despenalización se refieren a posibles conductas producidas por el consumo de drogas (posibles pero no necesarias), es decir que por sí mismo el consumo no pone en peligro ningún bien jurídicamente tutelado. De aquí se desprende que sea posible alegar la importancia del libre desarrollo de la personalidad, pues siempre y cuando las acciones de un individuo no afecten a los demás, el Estado no tiene autoridad alguna para decidir sobre la vida personal de este; ejemplo claro de esta situación es que el suicidio (intento) no se encuentra penalizado en nuestra legislación.

- Al igual que quienes consideran necesaria la penalización, quienes apoyan la existencia de la dosis personal, encuentran la contradicción que existe entre las leyes de narcotráfico y consumo de drogas ya que visto desde esta óptica, resulta inconcebible que alguien pueda portar una sustancia cuya venta y tráfico se encuentra penalizado. Sin embargo en este caso, por tomar la posición contraria no se considera que se debería despenalizar el porte y/o consumo, sino que lo que se debería despenalizar es el narcotráfico (diferente a desregular como muchos creen).
- Quienes apoyan esta postura, alegan que de acuerdo al numeral 2 del artículo 3° de la mencionada Convención "a reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o

sustancias psicotrópicas para el consumo personal". En otras palabras, de acuerdo a la mencionada disposición cada Estado puede establecer en su legislación si penaliza o no la llamada dosis personal.

Si bien la sentencia de la Corte Constitucional 221 de 1994 dio un importante paso en materia de libertades civiles, también es cierto que como muchos de sus contradictores han denunciado, ha creado un escenario imposible. Está permitido portar y consumir una sustancia dentro de ciertos parámetros, pero al mismo tiempo está prohibido venderla. La contradicción es evidente, pues si nadie puede venderla ¿cómo puede el Estado aceptar que haya quienes pueden portarla y consumirla? No se niega la importancia del paso dado en esta dirección, pero es evidente que de esta forma 'las drogas' han sido llevadas a una dimensión imposible.

## 2. PANORAMA ACTUAL

Como señalé en el capítulo de antecedentes históricos, la filosofía que inspira la prohibición de las drogas, es muy similar a la que inspiró la Ley Seca estadounidense de principios del siglo XX. De ahí que sus nefastas consecuencias sean tan parecidas.

Esta realidad ha sido ocultada, desatendida y tergiversada durante mucho tiempo, lo que ha llevado a que actualmente la mayoría de personas apoyen la 'mano dura' con los delitos relacionados con 'drogas'.

### 2.1. EFECTOS NEGATIVOS DE LA GUERRA A 'LAS DROGAS'

Debido a los innumerables matices que esta problemática presenta, un análisis completo de las consecuencias de 'las drogas' es tema suficiente para realizar un trabajo aparte. Por esta razón, y teniendo en cuenta los objetivos de la presente investigación, será suficiente con analizar las más prominentes consecuencias sociales, teniendo en cuenta que en el capítulo de Salud Pública profundizaré un poco más en el aspecto médico.

Ahora bien, entrando en materia, debo señalar que coincido con el amplio sector de la académico, que achaca los efectos negativos de la problemática en la sociedad, más que a la prohibición de 'las drogas' en sí mismas.

Esto es así, porque como señala Gómez Hurtado<sup>39</sup>, a mayor represión mejores dividendos. El costo final de 'las drogas' no está determinado por los costos de producción, sino por el riesgo que implica violar la prohibición.

Tabla 1. Precios de la cocaína a través del sistema de distribución

<b>Producto</b>	<b>Nivel de mercado</b>	<b>Precio Efectivo (Precio/Kg)</b>
Hojas de Coca	Puerta de la Hacienda/Colombia	\$300
Coca base	Puerta de la Hacienda/Colombia	\$900
Cocaína hydrchloride	Exportación/Colombia	\$1,500
Cocaína hydrochloride	Importación/EEUU	\$15,000
Cocaína (67% pura)	Distribuidor/EEUU	\$40,000
Cocaína (67% pura)	Monorista/EEUU	\$150,000

Fuente: Reuters, Peter, 2008, "Assessing U.S. Drug Policy", School of Public Policy and Department of Criminology University of Maryland<sup>40</sup>.

En esta tabla se muestra cómo el precio del hidrocloreto de cocaína al momento de ser importada es 10 veces superior al precio que tiene cuando está lista para ser exportada; y como el kilogramo para un distribuidor minorista en Estados Unidos es a su vez 10 veces mayor que cuando la sustancia inicialmente ingresó a ese territorio. Este obscuro margen de ganancia hace del narcotráfico quizás el negocio más lucrativo del mundo y es de donde se derivan las consecuencias socialmente negativas de esta problemática.

Ahora bien, con tanto dinero de por medio, se hace evidente que muchas personas estarían dispuestas a hacerlo. Sin embargo, profundizando un poco más, es claro

<sup>39</sup> GOMEZ HURTADO. Op. cit., p. 55.

<sup>40</sup> Tomado de COMISIÓN LATINOAMERICANA SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA. Drogas y Democracia: Hacia un cambio de paradigma. 2009. p. 23.

que al igual que en los tiempos de la Ley Seca estadounidense, la prohibición hace que este negocio sea perfecto para financiar grupos al margen de la ley. Es decir, participan personas que generalmente ya se encontraban por fuera de la sociedad, y que por tanto desde antes se encontraban en una situación de riesgo.

A continuación, enumero los problemas sociales que se desprenden de la problemática de 'las drogas', teniendo en cuenta que como ya vimos, los inmensos márgenes de utilidades propios de este negocio ilícito son más una consecuencia de la prohibición que del consumo como tal. Como punto de partida, tomo las 15 razones enunciadas por Douglas Husak<sup>41</sup> para sostener que el remedio es peor que la enfermedad, sin perjuicio de tener en cuenta otras situaciones no contempladas por este autor.

#### 2.1.1. Violencia.

Como lo señala Álvaro Camacho<sup>42</sup>, esta es la expresión más inquietante del narcotráfico y tiene a su vez tres manifestaciones.

##### 2.1.1.1. Violencia entre organizaciones criminales.

Como se enunció previamente, muchos se interesan por participar en esta lucrativa empresa. Esto lleva a que los grupos dedicados al narcotráfico luchen entre ellos por obtener el control del negocio. Esta situación ha sido especialmente preocupante en el Valle del Cauca.

---

<sup>41</sup> HUSAK, Douglas. Drogas y Derechos. Traducido por Gustavo de Greiff. 1º Edición. México D. F.: Fondo de cultura económica, 2001. p. 90-96.

<sup>42</sup> CAMACHO, Álvaro. Los Impactos del Narcotráfico. En: ¿Legalizar la droga? -Seis escritos sobre el tema-. 1º ed. Medellín: Editorial Corporación Región, 1994. p. 72.

#### 2.1.1.2. Violencia contra la sociedad en general.

Desafortunadamente, existen varios episodios en la historia de nuestro país que nos recuerdan la capacidad de los narcoterroristas para amedrentar a la sociedad en general (recordemos por ejemplo las bombas detonadas en el Club el Nogal en Febrero de 2003 o en el Centro 93 en Enero de 1993). Estas acciones buscan medir fuerzas con el Estado, de ahí que generalmente sean una retaliación a las políticas gubernamentales.

En este aparte, también debemos incluir la violencia desplegada en contra en contra de funcionarios públicos y figuras nacionales que abiertamente se opusieron a los capos de la mafia. Los magnicidios de Carlos Galán, Álvaro Gómez Hurtado y Jaime Garzón son tristes pruebas de esta situación.

#### 2.1.1.3. Violencia Estatal.

La cruenta guerra librada entre el Estado y los carteles, ha llevado a favorecer el exceso de violencia por parte de los organismos de seguridad del Estado, al punto de exceder los límites de sus funciones, generando así innumerables violaciones a los derechos humanos. Sobre el particular, sólo cabe recordar los innumerables problemas que el gobierno actual ha tenido en este sentido.

#### 2.1.2. Elevados niveles de corrupción.

‘Comprar’ a las autoridades militares, policiales, judiciales y aduaneras es una inversión necesaria para el ‘normal’ funcionamiento del negocio. No sólo posibilita la movilización de grandes volúmenes de ‘drogas’ entre países, sino que también neutraliza los intentos estatales de incautar ‘drogas’ y precursores o perseguir a figuras claves dentro de las organizaciones criminales.



### 2.1.3. Poner en contacto al consumidor con el mundo criminal.

Este problema derivado de la penalización del mero consumo, se materializa en diversas situaciones.

En primer lugar, está el aumento de los precios de 'las drogas', esta es una de las finalidades de esta guerra, se esperaba que altos precios fueran suficientes para desestimular el consumo. Sin embargo, durante varios años se ignoró casi deliberadamente un hecho económico fundamental: la inelasticidad de la demanda de 'las drogas'. En términos generales, "la elasticidad-precio de la demanda es el cociente entre la variación porcentual de la cantidad demandada del bien producida por una variación en el precio, manteniendo constantes todos los demás factores que afectan a la cantidad demandada"<sup>43</sup>, ahora bien, "cuanto mayor sea la elasticidad de la demanda, más sensible será la cantidad demandada a las variaciones del precio"<sup>44</sup>. En otras palabras, la inelasticidad en la demanda de un bien, hace referencia a que la demanda se vea poco afectada frente a las fluctuaciones del precio.

En la práctica esto aumentó los ingresos de narcotraficantes a costa del bolsillo de los consumidores, pero ¿de dónde sale este dinero? Para responder esta pregunta es necesario discriminar 2 situaciones. Por una parte está el consumidor acomodado económicamente, al que le es posible cubrir el aumento de precio con sus propios ingresos, este no es el caso que nos interesa. Por otra parte, está el consumidor marginal que obtiene ese dinero extra a través del delito, mientras más cara sea la sustancia, más se necesita delinquir para hacerse a ella, esta es una de las situaciones a las que me refiero.

---

<sup>43</sup> FISCHER, Stanley; DORNBUSCH, Rudiger y SCHMALENSEE, Richard. Economía. 2 ed. Madrid: McGraw Hill, 1992. p. 100.

<sup>44</sup> Ibid., p. 102.

En la segunda situación, encontramos al consumidor que lleva una vida común y corriente en los aspectos familiar, académico, profesional y social (es decir, no se trata del consumidor marginado), que termina en la cárcel como consecuencia de un delito relacionado con drogas. Como bien se sabe las condiciones de las cárceles en nuestro país son bastante deplorables y más que centros de resocialización, son centros de criminalidad. Así, una persona que inicialmente no representaba peligro alguno para la sociedad, termina en contacto con el bajo mundo que existe en estas instituciones.

Finalmente, la prohibición lleva a que todos los adictos (con o sin suficientes medios propios para adquirirlas) entren en contacto con el mundo criminal para adquirir estas sustancias, muchas veces más que arriesgar su patrimonio económico lo que terminan exponiendo es su integridad personal al internarse en 'ollas' donde ni la policía puede garantizar su seguridad.

#### 2.1.4. Costos que implican la judicialización y condena.

Muchas personas olvidan que son sus impuestos los que cubren los gastos del procedimiento penal y del mantenimiento de los delincuentes una vez privados de su libertad. Al respecto, Juan Camilo Córdoba<sup>45</sup> señala que en nuestro país, el aparato judicial está sobrecargado, y que la penalización de una conducta inocua para la sociedad (como lo es el consumo de 'drogas') contribuye al problema de la congestión, genera mayores costos de operación, mayor impunidad e incrementa el problema carcelario<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> CÓRDOBA. Op. cit., p. 627-629.

<sup>46</sup> Este es uno de los problemas más graves que afronta nuestro país, sin embargo nunca ha sido atendido propiamente pues para un político no representa muchos votos.

#### 2.1.5. 'Satanización de las drogas'.

A 'las drogas' se les ha declarado la guerra. Como toda guerra, esta implica sacrificios para la comunidad en general. Y finalmente, como en toda guerra es indispensable que la ciudadanía esté dispuesta a hacer esos sacrificios. Ahora bien, ese apoyo se obtiene mostrando al público el peligro que el enemigo representa para esa sociedad en particular. Desafortunadamente, muchas veces estos peligros más que la verdadera motivación de la guerra, terminan siendo más una justificación pública de acciones emprendidas con otros fines que quizás no serían tan ampliamente compartidos por el público (o mejor dicho, por los electores).

Sobre el particular, basta con recordar la manipulación por parte de la administración de George W. Bush con respecto a la actual guerra en Irak. El gobierno estadounidense aseguró que Saddam Hussein ocultaba Armas de Destrucción Masiva (ADM) para justificar una intervención bélica en ese país, sin embargo después de 6 años de ocupación ninguna ADM ha sido encontrada. Al final del día, se hizo evidente que esta invasión lo que realmente buscaba era petróleo, una razón de menor peso para justificar el gasto de millones de dólares y sobre todo, el sacrificio de miles de vidas<sup>47</sup>.

De esta misma forma, los gobiernos actuando mancomunadamente con los medios de comunicación, nos han hecho creer que 'las drogas' por sí mismas, son armas destructoras de la sociedad. Tal ha sido el bombardeo en torno al tema que hemos terminado por creer ciegamente en esta 'maldad inherente', lo que dificulta hacer un análisis desprendido de costumbres sociales y argumentos morales. Los

---

<sup>47</sup> Según iCasualties, 4.596 militares de la coalición han muerto, disponible en Internet < <http://icasualties.org/Iraq/index.aspx>>. Según Iraq Body Count desde la ocupación murieron 99.991 civiles iraquíes, disponible en Internet < <http://www.iraqbodycount.org/>>, sin embargo la revista médica Lancet clama que realmente son 655.000, disponible en Internet < <http://my.opera.com/encuentros1/blog/show.dml/514742> >.

problemas que surgen al explicar cuál ha sido el daño efectivo producido por un simple hecho de consumo en condiciones privadas, han llevado a que para algunos esta sea una prohibición arbitraria, más cercana a regular la forma en que debemos percibir la realidad que a protegernos realmente de algún peligro.

En este punto surge una interrogante que será contestada en el siguiente sub-capítulo ¿Qué ganan los gobiernos con declararle la guerra a 'las drogas'?

2.1.5.1. Los beneficiarios de la prohibición.

O en las palabras de Antonio Caballero<sup>48</sup>, 'los enemigos de la legalización de la droga'. Para este autor, los argumentos que mantienen la prohibición vigente no son científicos ni morales, son más bien económicos y políticos.

Como veremos a continuación, esto es cierto desde la perspectiva de quienes imponen la política represiva, es decir de quienes conocen los verdaderos intereses que orientan esta posición. Sin embargo, considero errado descartar de plano la influencia de los argumentos morales en esta problemática, ya que ante las dificultades científicas para argumentar la prohibición, la moral ha sido el instrumento más eficaz para 'unir' a la colectividad en contra del enemigo común, sobre este punto nos detendremos más adelante.

Hecha esta aclaración, procedemos a hablar de los sectores más beneficiados con la prohibición:

---

<sup>48</sup> CABALLERO, Antonio. Los enemigos de la legalización de la droga. En: ¿Legalizar la droga? -Seis escritos sobre el tema-. 1º ed. Medellín: Editorial Corporación Región, 1994. p. 13-21.

#### 2.1.5.1.1. Los grupos al margen de la Ley.

Como se afirmó anteriormente, las importantes ganancias que genera el negocio, lo convierten en una excelente fuente de financiación libre de impuestos para organizaciones dedicadas a cualquier actividad delictiva.

Esta es la razón para que grupos tanto guerrilleros como paramilitares hayan buscado algún tipo de participación en esta cadena productiva. Como vimos en el anterior capítulo, una de las principales fuentes de crecimiento de las guerrillas en el país, fue su participación en el narcotráfico durante la década de los 80's. También es un hecho constatado que algunos grupos paramilitares surgieron en la década de los 90's para cuidar los cultivos e instalaciones de los carteles de la droga.

#### 2.1.5.1.2. Los Bancos.

A pesar de que no se tienen datos exactos, se sabe que a pesar de todos los controles, una fuente nada despreciable de los sistemas bancarios mundiales sigue siendo el lavado de dineros provenientes de las mafias. Es imposible mantener la totalidad de los inmensos volúmenes de dinero producidos por esta actividad al margen del sistema bancario, el problema es desenmascarar la procedencia de estos fondos, pues sus dueños obviamente han acudido a todo tipo de argucias comerciales para distraer su verdadero origen.

#### 2.1.5.1.3. Los Gobiernos.

En este aparte es en el que se responde la pregunta planteada anteriormente, con respecto al supuesto beneficio que los gobiernos perciben al mantener la prohibición.

Pues bien, gobernar hace referencia a “mandar con autoridad”<sup>49</sup>. Según la actual concepción de Estado, esta autoridad emana del constituyente primario, es decir, del pueblo, que voluntariamente cede sus poderes para que el Estado los monopolice y los ejerza dentro del marco del bien común. Posteriormente, el pueblo elige un gobierno específico para que en su nombre y para su bienestar ejerza dichos poderes, de conformidad con el proyecto político que le ha valido su elección.

En otras palabras, y a riesgo de ser excesivamente simplistas, para que un gobierno sea elegido, por lo menos teóricamente, debe tener una concepción del ‘deber ser’ de la sociedad, o mejor de la Nación, ajustada a la concepción mayoritaria, así resulta elegido ese y no otro proyecto político.

De esta forma, un gobierno se convierte en un sistema de creencias similar a las religiones<sup>50</sup>, en donde éstas últimas aseguran tanto el bienestar espiritual del individuo que ajusta su actuar al ‘deber ser’ de esa concepción religiosa en particular, como el castigo a quien no viva de acuerdo con esos parámetros. Mientras que por otro lado, los Estados comandados por sus respectivos gobiernos tratan de garantizar por una parte la vida pacífica de quienes actúan conforme a los preceptos normativos vigentes, y por otra, el castigo a quienes obrando contrariamente a dichos preceptos, alteren la armonía de la sociedad.

Antes de continuar debo hacer una aclaración. De acuerdo con lo anterior, alguien podría afirmar que si un gobierno es elegido porque la mayoría comparte su visión de la Nación, y teniendo en cuenta que jamás hemos elegido un gobierno

---

<sup>49</sup> DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. Ed. 21. Madrid: Espasa Calpe, 1992. T. I. p. 1044.

<sup>50</sup> Cfr. RESTREPO, Luis Carlos. Dimensiones Culturales del Consumo de Psicoactivos. En: ¿Legalizar la droga? -Seis escritos sobre el tema-. 1º ed. Medellín: Editorial Corporación Región, 1994. p. 45.

abiertamente opuesto a los lineamientos norteamericanos de la guerra contra 'las drogas'; entonces es porque nuestra sociedad considera que la guerra a 'las drogas' debe mantenerse.

Esta aseveración es válida, muy pocos estarían de acuerdo con permitir el libre uso de 'las drogas'. A estas personas, por el momento bastará con responderles, que la prohibición de una conducta debe responder a argumentos filosófico-jurídicos (en el marco de un moderno Estado Social de Derecho) y no a un 'consenso social'. Habiendo aclarado este punto, podemos proseguir.

Ahora bien, continuando, en cualquier religión es necesaria la existencia de un Némesis, de una entidad que represente la antítesis de 'lo bueno' o más bien de lo que predique la religión en cuestión, así es necesario que un sistema de creencias se justifique en la medida en que combata a un demonio, o a 'lo malo', o más bien lo contrario a lo que ese sistema representa.

De esta misma forma, los Estados modernos requieren justificar el despliegue de sus dispositivos de poder. Ahora bien, el Némesis del Estado no puede ser otro que el criminal. Es este 'demonio' el que mediante su inobservancia de las normas estatales quiebra la armonía de la sociedad y que por tanto debe ser combatido a través de los mecanismos de vigilancia y control con que cuenta (o se inventa) el Estado. Sobre el particular, recuerdo dos frases muy ilustrativas de Albano: "no es el cumplimiento de la Ley lo que produce su consolidación sino sus infracciones"<sup>51</sup> y "la desobediencia es necesaria para someter al resto de la servidumbre"<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> ALBANO. Op. cit., p. 24.

<sup>52</sup> Ibid., p. 114.

Así, el Estado necesita criminales para justificar su papel, pues si fuera posible mantener a la sociedad en un estado armónico sin ninguna intervención estatal, el Estado mismo perdería la razón de su existencia. Desafortunadamente se ha llegado al punto en el que se considera directamente proporcional la cantidad de condenados a la calidad del funcionamiento de un gobierno.

Como vimos en el capítulo anterior, diversos factores llevaron a que le fuera declarada la guerra a 'las drogas'; sin embargo, son dos elementos los que consolidaron esta situación.

En primer lugar encontramos la demanda de presos de la que veníamos hablando. Teniendo en cuenta que el narcotráfico es un negocio que opera diariamente tanto en las principales ciudades (distribución) como en zonas rurales (cultivo y producción), y que los niveles de impunidad son muy altos (de lo contrario no habría tanta disponibilidad del bien), puede especularse que las Leyes que prohíben 'las drogas', se encuentran entre las más violadas en todo el ordenamiento, especulación que cobra fuerza si se toma en consideración el hecho de que entre Agosto de 2002 y Diciembre de 2004 se detuvieron 128.099 personas por delitos relacionados<sup>53</sup>. Es claro que tantas infracciones son consecuencia de los altos niveles de consumo, sin embargo esta situación ha sido explicada desde dos perspectivas diametralmente opuestas. Por un lado están quienes afirman que el consumo destruye la voluntad del individuo; y por otro estamos quienes consideramos que el consumo es el ejercicio de una libertad civil, inocua para el conglomerado social. Sobre este punto en particular hablaremos más adelante. Lo que podemos extraer por el momento, es que el Estado no se va a retirar del

---

<sup>53</sup> ISAZA, José Fernando y CAMPOS, Diógenes. Algunas consideraciones cuantitativas sobre la evolución reciente del conflicto en Colombia. Bogotá, 1º de Diciembre de 2007. Disponible en Internet: <<http://www.dhcolombia.info/IMG/pdf/ConflictoColombiano.pdf>>



campo de batalla de la droga mientras no encuentre una mejor alternativa que le permita desplegar sus fuerzas 'anti-demoníacas', algo que difícilmente sucederá, en especial por la intrínseca relación del narcotráfico con los grupos al margen de la Ley, sin importar si esta es su actividad principal.

En segundo lugar, encontramos que una guerra es suficiente argumento para autorizar actuaciones estatales que en tiempos de paz serían discutibles e incluso inconstitucionales. Así, durante más de veinte años nos hemos encontrado en un estado de guerra permanente, lo que le ha permitido a los dispositivos estatales acercarse cada vez más a nuestros actos privados. Este es el proceso que Foucault llamó microcapilaridad<sup>54</sup> y cuyo resultado fue denominado por Heidegger 'la Máquina Civilizadora'<sup>55</sup>. Según Albano, esta máquina hace referencia "al conjunto de dispositivos a partir de los cuales el Estado despliega sus mecanismos de control y vigilancia según un régimen preciso de aplicación que excede las voluntades subjetivas y políticas, tanto de quienes administran sus operaciones como de quienes las reciben, siendo esto último lo que explica su función modeladora y la razón de su eficacia"<sup>56</sup>. Es decir, que según esta teoría, la autonomía de un Gobierno (y también la de cada persona) no sólo se encuentra limitada por el marco legal, sino también, por la voluntad inercial de dicha 'máquina'<sup>57</sup>.

Sobre el particular coincido con las afirmaciones del sector doctrinal según el cual, si bien las concesiones iniciales del contrato social buscaban garantizar la libertad

---

<sup>54</sup> ALBANO. Op. cit., p. 31.

<sup>55</sup> Ibid., p. 19.

<sup>56</sup> Ibid., p. 20.

<sup>57</sup> Este es un enfoque interesante a la hora de contestar por qué siempre han sido elegidos gobiernos prohibicionistas. Este es uno de los aspectos que por hacer parte de la voluntad maquinica escapa a las posibilidades de acción de un determinado gobierno.

individual y el derecho a la propiedad material, las posteriores delegaciones sobre el cuidado del cuerpo, de la salud, de la moral, etc. terminaron menoscabando las libertades esenciales<sup>58</sup>.

Con respecto a estas actuaciones discutibles realizadas en nombre de la guerra a las drogas, también es preciso mencionar la forma en que el sector gubernamental de defensa se beneficia, gracias al importante aumento de las destinaciones presupuestales que se le han venido otorgando. En este sentido José Fernando Isaza y Diógenes Campos<sup>59</sup> realizaron un interesante estudio, en donde señalan que el 65% de la inversión total del Gobierno colombiano para el 2008 sería destinada a equipo militar y que el gasto militar en nuestro país ha alcanzado el 6.2% del PIB, muy por encima del 4.04% de Estados Unidos, país que libra dos guerras exteriores (Afganistán e Irak) y cuenta con presencia militar en más de 140 países. Según ellos, si se acepta en gracia de discusión que

“sólo el 30% del gasto militar se dirige a la lucha contrainsurgente, y que la totalidad de las cifras de ‘efectividad’ del combate publicadas por el Gobierno responden a bajas guerrilleras y no a ejecuciones extrajudiciales (...) el ‘costo unitario’ por baja, captura o desmovilización de un guerrillero es de \$616 millones de pesos”<sup>60</sup>

Así las cosas, ‘el problema de la droga’ ha demostrado la incapacidad del Estado para ofrecer el análisis y solución de un problema sin tener en cuenta sus propios intereses. Nos ha sido impuesto un enfoque absoluto frente al tema (las drogas son en sí mismas malas y por eso deben combatirse), cuyas falencias han sido cubiertas ante la sociedad, invocando una moral que para empezar jamás debería

---

<sup>58</sup> Cfr. HUSAK. Op. Cit.

<sup>59</sup> ISAZA y CAMPOS. Op. cit., p. 2-5.

<sup>60</sup> Ibid., p. 14.

estar defendiendo, por ser esto algo ajeno e incluso contrario a las funciones que un Estado debe cumplir.

#### 2.1.5.2. Consecuencias derivadas de la satanización de 'las drogas'.

Ya vimos que la prohibición beneficia a diferentes grupos sociales, ahora veremos las situaciones que de esta posición se derivan.

##### 2.1.5.2.1. Campañas preventivas desinformativas o exageradas.

Es evidente, que este tipo de iniciativas son absolutamente necesarias para combatir el consumo como tal, sin embargo, su veracidad (que es un requisito indispensable para que sean exitosas) se ha visto afectada por intereses gubernamentales y privados.

- Estudios. Principalmente encontramos que, en el afán por hacerle mala fama al enemigo, los gobiernos presentan estudios que generalmente exageran los verdaderos efectos de 'las drogas', sin perjuicio de que en ocasiones inclusive los inventen. Al respecto, recordemos que en los 70's la marihuana se consideraba como una de 'las drogas' más peligrosas ya que era la más difundida. Bajo este panorama surgieron estudios que la vinculaban con la agresividad, posición que hoy difícilmente sería sostenible; este 'dato científico' más que a un verdadero estudio de los efectos farmacológicos de dicha 'droga', respondía a la voluntad política del gobierno que buscaba frenar el consumo de esta sustancia sin importar cuáles eran sus verdaderas implicaciones.

Esta situación se ha repetido prácticamente con cada 'droga' que ha hecho parte de una moda; recordemos que hacia finales de los 90's la mezcla de éxtasis con alcohol se presentaba como indefectiblemente letal, sin embargo este es un cóctel común en la escena electrónica de todo el mundo, y es usado por miles de jóvenes

cada fin de semana sin que sus letales efectos se hagan presentes siquiera en la mayoría de casos como 'científicamente' se afirmaba. Con esto no pretendo desestimar los muy perjudiciales efectos que esta mezcla produce especialmente sobre el sistema circulatorio, lo que más bien quiero hacer notar, es que al exagerar sus consecuencias, se está mintiendo; cuando las personas descubren la mentira, dejan de creer en lo que se les está presentando, haciendo que las advertencias no sean atendidas ni la parte que se exagera ni la parte verdadera (inclusive se pierde la confianza en estudios sobre otros temas que también sean presentados por el gobierno). Hoy en día es indiscutible que un Estado debe decirle siempre la verdad a sus ciudadanos, desafortunadamente no es esto lo que sucede en la práctica.

A lo anterior, debemos sumarle que en muchos campos (dentro de los que se cuenta este que nos ocupa), es común que los resultados de una investigación estén sometidos en gran medida a la fuente de donde hayan proveniendo los recursos para financiarla. Un ejemplo claro de esto fueron los estudios sobre el cigarrillo, que durante décadas ocultaron el uso de aditivos cuya única función es potenciar los efectos adictivos del tabaco.

Pero si por un lado están quienes diariamente comprueban empíricamente las falacias presentadas en estos estudios, por el otro están quienes creen en ellos ciegamente. Y es que como Albano<sup>61</sup> lo menciona, mejor que mantener en la ignorancia a las personas, es despertar su ferviente apoyo, así es como esta posición prohibicionista se ha propagado hasta alcanzar la 'dignidad de valor universal'.

---

<sup>61</sup> ALBANO. Op. cit., p. 71.

La cuestión es ¿Cómo despertar el fervor de las masas? En nuestros tiempos, las afirmaciones científicas han adquirido un carácter revelador similar al de la palabra de Dios en otros momentos históricos. Esto lo digo en el sentido de que en ambos casos termina siendo imposible formularles objeción alguna. De esta forma, es ahogado cualquier intento de debate en torno a la problemática, lo que lleva a que un punto de vista se convierta en prejuicio. Así, paradójicamente, la ciencia se erige como el instrumento propagandístico llamado a sacramentalizar la posición prohibicionista.

De todas formas, llama la atención que ante una intromisión en la vida personal no se alcen voces en contra. Si bien pueden existir opiniones encontradas en torno al hecho de consumir cualquier 'droga', también es cierto que la opinión pública debería ser unánime en la defensa de un acto privado entre adultos que no afecta directamente a nadie más que los propios implicados en tal acto, por más perverso que a muchos les parezca. Por este motivo, es que Albano considera que uno de los mayores éxitos de la 'Máquina Civilizadora' que mencioné anteriormente, ha sido que su intromisión en materia de drogas o sexualidad sea vista como algo necesario por la mayoría de las personas, de la misma forma en que podría serlo un impuesto o declaración de guerra exterior.

- Campañas. Ahora bien, hablaré brevemente sobre las campañas como tal y no sobre los estudios en que éstas se apoyan.

Los razonamientos en los que se fundan son bastante simplistas. Por una parte sostienen que el consumidor debe ser castigado por financiar grupos terroristas. Este pobre argumento ha sido central en las campañas preventivas, olvidando que la despenalización también permitiría desarticular las mafias e inclusive abriría la posibilidad de un impuesto similar al que opera sobre los licores y el tabaco que

generaría recursos para afrontar otros problemas más graves como el hambre, la falta de educación, salud y vivienda. De acuerdo con lo analizado hasta el momento, en últimas lo que piden al invocar esta razón, es la renuncia a una libertad civil, cuyo ejercicio alimenta 'la bola de nieve' de problemas que los mismos gobiernos crearon mediante la imposición de una guerra sin sentido.

Estas campañas también han impuesto la imagen de que el consumidor representa un peligro para la sociedad, pues induce, o mejor, 'contagia a otros de su vicio', independientemente de que se trate de consumidores ocasionales o compulsivos. La falta de creatividad de los encargados, ha llevado a que se importe una estrategia de educación sexual que reiteradamente ha fracasado, así promover la abstinencia se vuelve la única forma de atacar al consumo. Por una parte la insistencia en esta aproximación demuestra la falta de conexión entre las campañas y la realidad, y por otra, termina estimulando más la curiosidad de la población adolescente. Considero que en este aspecto el enfoque debe orientarse más a la advertencia sobre los efectos y riesgos que las acciones implican, más parecido a lo que se ha venido haciendo con el cigarrillo.

Finalmente, éstas campañas usualmente presentan al adicto como un ser sin voluntad, un autómatas que se 'droga' no porque quiera, sino porque es esclavo de alguna sustancia. No se puede negar que algunos consumidores han llegado a este punto, pero tampoco se puede negar que este es el caso menos común. Por el contrario, la mayoría de los consumidores no son compulsivos y más aún, el hecho de que elijan consumir una droga y no otra en un momento determinado, nos da un indicio de voluntad.

Pero esta elección no se fundamenta únicamente en los efectos que el consumidor desea que recaigan sobre su cuerpo. Se olvida que las propiedades químicas de

'las drogas' se han fundido con la composición social, generando así la 'cultura de consumo'. De esta forma la sustancia termina convirtiéndose en un símbolo, cuyo significado es vertido por los propios usuarios. Éxito, ideales pacifistas, marginalidad urbana, fiesta, son algunos de los significantes que llenan el significado de estas sustancias. Así, en algunos casos termina siendo la asociación generalizada que se tenga de 'la droga' con respecto a una tendencia ideológica o posición social, la que termina definiendo el consumo de una sustancia específica.

Yendo un poco más allá, Albano<sup>62</sup> describe una 'cultura cannabis' que surge de los adictos, para regular los ritos y reglas que rigen la actividad del consumo, pero más importante aún, es que según él, la acción de consumir es la forma activa en que los sujetos proclaman su soberanía, resistiéndose así a la intrusión de los mecanismos de poder y control estatales. Esto se relaciona con lo que Jefferson quiso decir al proclamar que "Los hombres tímidos prefieren la calma del despotismo al mar tempestuoso de la libertad"<sup>63</sup>. No pongo en duda que para algunas personas esto será así, sin embargo parece más difícil generalizar esta 'cultura cannabis' que la anteriormente enunciada 'cultura de consumo'.

#### 2.1.5.2.2. Olvido del uso médico y cultural de 'las drogas'.

Gracias a la 'satanización' de la que venimos hablando, la 'droga' se ha convertido en una sustancia que en sí misma es portadora del delito, razón por la cual se ha desechado cualquier uso con fines diferentes al consumo compulsivo (bienestar, curiosidad, exploración, investigación, etc.). Como lo expliqué en el anterior capítulo, a través del ejemplo del agua y las sustancias radioactivas, cualquier

---

<sup>62</sup> Ibid., p. 55.

<sup>63</sup> "Timid men prefer the calm of despotism to the tempestuous sea of liberty". Disponible en Internet: < [http://www.brainyquote.com/quotes/authors/t/thomas\\_jefferson\\_8.html](http://www.brainyquote.com/quotes/authors/t/thomas_jefferson_8.html) >

sustancia del planeta nos puede brindar usos positivos o negativos para nuestro desarrollo como civilización.

Las aplicaciones médicas no son discutidas frente a algunas 'drogas', que como la morfina, aún hoy prestan importantes servicios a la medicina. Lo que llama la atención es que ya no son usadas las que se encuentran en estado natural, por así decirlo. En otras palabras, es amplio el uso médico de la morfina, pero no del opio (que es de donde se extrae), aun cuando este último fue prácticamente indispensable en la práctica de la medicina durante los Siglos XVIII y XIX, tiene un nivel de toxicidad muy seguro para el uso humano, bajo nivel adictivo y en algunos casos podría reemplazar drogas sintéticas (de laboratorio) a precios más bajos.

Estos tres argumentos también pueden predicarse del uso médico de la marihuana, inclusive con mayor razón por ser esta última menos adictiva, menos tóxica y más barata (por lo menos en nuestro país) que el opio. Los posibles usos que se le pueden dar a esta planta son recordados por Albano<sup>64</sup>: antiemético, es decir antagonista de náuseas; estimulante del apetito, algo muy útil especialmente en casos de quimioterapia (por ser antiemético a la vez); broncodilatador, razón por la cuál sirve para tratar el asma (caso en el cual es obvio que la administración no podría ser a través de cigarrillos); analgésico; antiinflamatorio, cuando se elabora un empasto de aplicación tópica; hipnótico y ansiolítico (es decir que calma la ansiedad), propiedades útiles en el tratamiento de enfermedades mentales; y antiespástico o antiespasmódico, es decir que calma las contracciones musculares.

Desafortunadamente, estas mismas ventajas condenan a que estas plantas sean competencia de las drogas elaboradas en laboratorios de países desarrollados, que

---

<sup>64</sup> Ibid., p. 83 – 95.



en últimas, terminan beneficiándose también con la prohibición. Llama la atención que al hablar de peligros de 'las drogas' el concepto de salud se vuelve lo más amplio posible para justificar una mayor intervención, pero cuando se habla de usos medicinales (o alternativos), el concepto de salud se estrecha para justificar restricciones más severas.

Por último, encontramos que la prohibición irrestricta ha llevado a desestimar tradiciones de tribus indígenas, que usan de manera ritualizada algunas de las plantas condenadas como 'drogas'. Me refiero principalmente a la hoja de coca, que como vimos en el anterior capítulo, ha hecho parte de estas culturas desde muchos siglos antes de que se le declarara la guerra a 'las drogas'.

#### 2.1.5.2.3. Discriminación de los consumidores.

Es una consecuencia indiscutible, que cuando el Estado prohíbe acciones que considera peligrosas para la sociedad o el sistema (delitos), al mismo tiempo estigmatiza a quienes incurran en esas actuaciones (delincuentes).

Bajo esta perspectiva, el problema de reprimir el consumo de 'drogas', es que a éstos consumidores se les da un trato discriminado con respecto a aquellos que prefieren el alcohol o el tabaco (las dos drogas legales más importantes).

Pero este estigma no está reservado exclusivamente para aquellos que sean judicialmente declarados como autores de un delito. Las campañas instadas por los Estados occidentales han estigmatizado a cualquier consumidor (investigado penalmente o no) al generalizar el 'relato del adicto'.

Según este 'relato', el consumidor es un individuo carente de voluntad, valores y autoestima, que lleva una vida vacía, llena de penurias y que por si fuera poco,

representa un peligro inminente para la sociedad, pues está dispuesto a hacer cualquier cosa, inclusive matar, por conseguir su dosis. Esta historia tiene dos posibles desenlaces:

- Por un lado está el caso más común, en el que el adicto que termina muriendo. Esta tragedia puede ocurrir como consecuencia del consumo crónico, de una sobredosis o de algún evento que podría haberse evitado si no fuera porque el protagonista estaba bajo efectos de la 'droga' (ej. se accidentó).
- Por otra parte, está el relato del adicto que logra rehabilitarse, salvándose así de las garras demoníacas de la 'droga'. Este personaje termina reintegrándose a la sociedad como un miembro productivo e inclusive modelo, a menos que recaiga en el consumo, caso en el cual le espera el primer desenlace posible.

Sin embargo, al observar la realidad se evidencia que 'las drogas' no son exclusivas del mundo presentado en los medios. Existen numerosos consumidores que a pesar de su vicio pueden mantener una vida familiar, académica, profesional y personal común y corriente. Evidentemente, esta imagen difícilmente puede justificar los dispositivos de control y vigilancia desplegados.

Puede que la mayoría de delincuentes consuman drogas, pero esto no quiere decir per se que la mayoría de consumidores sean delincuentes, si no, el problema carcelario sería mucho más grave de lo que ya es. En todo caso, castigar a alguien por ser propenso al delito es una posición insostenible a la luz de los principios que deben informar al Derecho Penal en un ESD.

Sobre este tema, coincido con Rosa del Olmo cuando explica que la creación de este estereotipo de consumidor-delincuente, permite mantener un control social

informal, que a la vez legitima el control social formal proveniente del Estado. Esto quiere decir que el Estado primero llena el significado de 'adicto' con significantes absolutamente negativos (delincuente, vacío, esclavo) para de esta forma asegurar el apoyo de la comunidad a la política represiva.

#### 2.1.5.2.4. Lesión de los derechos civiles.

Quizás, la discriminación de la que hemos venido hablando sería suficiente para argumentar la lesión de los derechos civiles; sin embargo, la lesión se hace irrefutable cuando el Estado hace las siguientes imposiciones.

En primer lugar, encontramos indiscutible que 'las drogas' alteran la percepción sensorial del ser humano, por eso al adicto se le niega el derecho a decidir la forma en que quiere ver el mundo, o al revés, se le impone cómo debe percibirlo. Como hemos dicho anteriormente, esta es una decisión libre y voluntaria (en la mayoría de los casos) cuyos efectos sólo recaen sobre quien la toma, por lo que debería escapar a los mecanismos de control estatal.

En segundo lugar, está el hecho de que al reprimir el consumo, el Estado está también decidiendo por las personas cuál es la forma en que deben tratar sus propios cuerpos. En algunos casos, esta situación va más allá cuando se obliga a la persona a recuperarse de su adicción, tal y como sucedía en el derogado artículo 87 de la Ley 30 de 1986. Al respecto coincido con lo dicho por la Corte Constitucional en su momento, en el sentido de que el Estado no puede obligar al enfermo a curarse. Sin embargo, ésta es la intención de un nuevo proyecto presentado por el actual gobierno de nuestro país que una vez más busca acabar con el derecho a portar la dosis personal.

Esta obediencia impuesta, ha llevado a que se menosprecie el valor del libre desarrollo de la personalidad y a que la conciencia individual se diluya en una 'aletargada conciencia colectiva' que depende exclusivamente de las directivas estatales. Según Escotado "lo que carece de sustancia debe obedecer, mientras que aquello que la posee, se obedece a sí mismo". Esta afirmación puede ser discutida, lo que si no es discutible es que las decisiones son más fáciles cuando otro las toma por nosotros. Esta es la razón por la que hemos dejado al Estado decidir por nosotros cómo percibir el mundo, cómo tratar nuestro cuerpo, cuándo curarnos, etc., ya no queremos saber de esos asuntos. Desafortunadamente, peor que no saber es no querer saber.

#### 2.1.5.2.5. Creación de un tabú.

Esta satanización ha generado una fuerte polarización en torno al tema, haciendo que cualquier defensa del derecho al consumo sea considerada automáticamente como una apología al mismo. Este círculo dicotómico lleva a que el estigma del consumidor se extienda también a sus defensores, silenciando así un punto de vista diferente al de la mayoría e impidiendo un verdadero análisis del problema.

#### 2.1.6. Desarrollo subrepticio de la actividad.

La prohibición implica que cualquier actividad relacionada con 'drogas' deba ser realizada por fuera del radar estatal. De ahí que las verdaderas dimensiones de la cadena productiva (producción, comercialización, consumo) sean ignoradas.

Llama la atención, que aun cuando los datos recogidos sólo presentan una parte de la magnitud real del problema, son más que suficientes para sustentar el fracaso de la guerra. A continuación presento un ejemplo de esta afirmación.

Tabla 2. Resultados DAS 1998 – 2000

<b>Personas capturadas por narcotráfico 1998 – 2000</b>	
1998	130
1999	393
2000	356
<b>Total</b>	<b>879</b>

<b>Personas extraditables capturadas 1998 – 2000</b>	
1998	4, solicitadas por Estados Unidos 2
1999	12, solicitadas por Estados Unidos 3
2000	13, solicitadas por Estados Unidos 6

<b>Total incautaciones droga en kilogramos (7 agosto 1998 – 2000)</b>			
	<b>Cocaína</b>	<b>Marihuana</b>	<b>Heroína</b>
1998	38.040	1.431	29
1999	60.071	209	29
2000	71.927	6.939	48
<b>Total</b>	<b>178.723 kilogramos de estupefacientes</b>		

<b>Cantidad de cocaína incautada por otras autoridades gracias a inteligencia del DAS</b>	
Autoridades nacionales	11.584 kilos
Autoridades internacionales	1.761 kilos

<b>Incautaciones sustancias químicas para procesar droga 1997</b>	
Líquidos	33.299 galones
Sólidos	9.722,02 kilos

<b>Incautaciones sustancias químicas para procesar droga 1998</b>	
Líquidos	2.645 galones
Sólidos	20.803,36 kilos

<b>Incautaciones sustancias químicas para procesar droga 1999</b>	
Líquidos	5.525 galones
Sólidos	2.221 kilos

Fuente: Oficina de Análisis de DAS - INTERPOL y la oficina de asesores de la Dirección<sup>65</sup>.

Nota. Datos hasta Julio.

Las cifras son prometedoras: 879 capturados, 29 extraditados e incautaciones por un total de 178.723 Kilogramos de 'estupefacientes' (de los cuales 170.038 Kg son

<sup>65</sup> Tomado de: DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, SUBDIRECCIÓN ESTRATÉGICA Y DE INVESTIGACIONES. Problemática de las drogas en Colombia, Memorias del Seminario. 2002. p. 100 – 101.

de cocaína), 41.469 galones de precursores líquidos y 32.746,38 Kg de precursores sólidos. A pesar de esto, se estima que sólo en 1998 de Colombia fueron exportadas 362 toneladas de cocaína<sup>66</sup>, es decir, que según estas cifras, sólo en 1998 se exportó más del doble de la cocaína incautada en dos años y medio (correspondiente al período 1998 – Julio de 2000).

De manera similar, a nivel mundial, la INTERPOL<sup>67</sup> estima que el volumen de exportación de drogas ilícitas supera al del hierro; el acero; los automóviles; los textiles y la ropa; el ACPM y la gasolina; los alimentos, las bebidas y el alcohol; y el turismo.

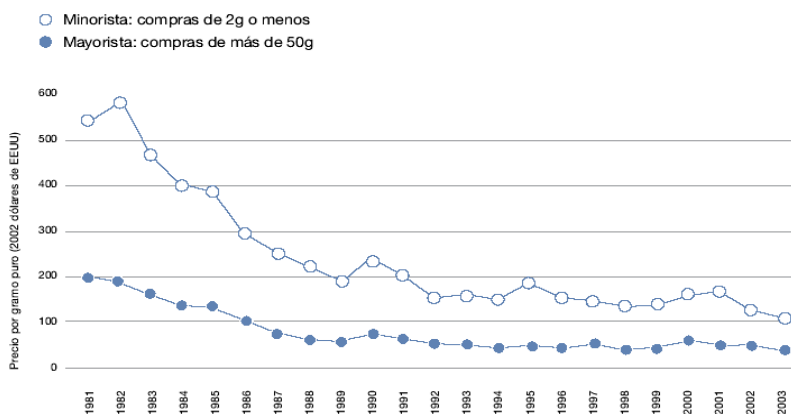
Y es que esta guerra es tan poco efectiva, que a pesar de que la inversión estatal en este rubro ha sido cada vez mayor, el precio de 'las drogas' antes que aumentar ha disminuido, como puede apreciarse en la Gráfica 1 (no obstante sigue siendo exagerado si se observa la estructura de costos). Esta situación se explica porque la guerra ha sido incapaz de hacerle frente al aumento del volumen de tráfico de 'drogas', así la oferta crece a pesar de los esfuerzos institucionales.

---

<sup>66</sup> ROCHA GARCÍA, Ricardo. La Economía Colombiana tras 25 años de Narcotráfico. Illustrated, 2000. p. 68. Consultado en Internet <<http://books.google.com.co/>>

<sup>67</sup> DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, SUBDIRECCIÓN ESTRATÉGICA Y DE INVESTIGACIONES. Op. cit., p. 137.

Gráfica 1 Precio mayorista y minorista de cocaína en USA 1981 - 2003.



Fuente: WOLA, Washington Office on Latin America, 2008, "U.S. Drug Policy: At What Cost? Moving Beyond the Self-Defeating Supply-Control Fixation" Walsh, John, Senior Associate for the Andes and Drug Policy, p. 7.<sup>68</sup>

Nota: Valores de 2003 con base en datos sólo de Enero a Junio.

A pesar de la tendencia a la baja de los precios, el grado de pureza promedio de los cargamentos ha incrementado<sup>69</sup>, esto responde a que constantemente se aumentan y mejoran los controles 'anti-narcóticos', lo que crea la necesidad de transportar más droga en menos espacio.

Este panorama, deja la sensación de que los resultados estatales, más que estar encaminados a la efectiva solución del problema, lo que logran, es transmitirle a la ciudadanía que el Estado 'hace algo' para darle fin al 'flagelo', aun cuando ese algo se ha mostrado ostensiblemente ineficiente.

<sup>68</sup> Tomado de COMISIÓN LATINOAMERICANA SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA. Op. cit., p. 22.

<sup>69</sup> Este mayor grado de pureza promedio es percibido por el distribuidor mayorista, pues cuando llega a manos del consumidor final, la sustancia ha sido 'rendida' con otros componentes.

### 2.1.7. Tratamientos de 'rehabilitación' inadecuados.

La falta de debate que he venido mencionando, hace imposible un verdadero análisis del problema que permita elaborar una plataforma de tratamiento verdaderamente efectiva.

Parece increíble que tras décadas de fracaso, hoy en día se mantengan los mismos enfoques de rehabilitación. Esto se explica porque los tratamientos más que responder a la intención de solucionar los problemas que el consumo ha generado o incrementado, buscan es más bien ejercer control sobre quienes se alejan de la moral dominante. De esta forma, 'las drogas' adquieren un significado a nivel social peligroso para las libertades civiles del individuo, que no responde a efectos farmacológicos o psicológicos, sino más bien a una amalgama de razones políticas, económicas, químicas y morales. Sobre el particular, Albano es enfático al señalar que "se enmascara como acción terapéutica lo que no es sino un ejercicio coercitivo y restrictivo perpetrado sobre los derechos más básicos que todo sujeto posee con respecto al uso de su cuerpo y mente según su deseo y deliberación"<sup>70</sup>, aún más, los tratamientos con drogas sintéticas lo que hacen es mantener el vicio quitando la etiqueta, algo abiertamente hipócrita.

Hay quienes van más allá y sostienen que esta situación no se limita a la intención de 'normalizar' o 'estandarizar' el comportamiento y la moral de los ciudadanos. Para estas personas<sup>71</sup>, cuando el consumo es considerado en sí mismo un delito, 'la droga' en lugar de producir enfermos, produce delincuentes, 'combustible' necesario para mantener la justificación de la intervención estatal o la máquina civilizadora, como la describe Albano. La situación es real, sin embargo acusar al

---

<sup>70</sup> ALBANO. Op. cit., p. 39.

<sup>71</sup> Cfr. ALBANO. Op. cit. OLMO. Op. cit.



Estado de orquestar esta lúgubre conspiración requeriría un mejor acervo probatorio.

#### 2.1.8. Problemas Agrarios.

En primer lugar, los constantes enfrentamientos por obtener el control de las zonas donde hay cultivos ilícitos, nos han llevado a ser uno de los países con mayor cantidad de desplazados en el mundo, la mayoría de las víctimas del conflicto son campesinos.

En segundo lugar, 'la droga' es el único producto tropical que cuenta con mercados estables y precios rentables, mientras que por su parte los cultivos legales, si no se hacen a gran escala prácticamente no generan beneficio alguno. Mientras esta situación no se solucione, todos los programas de sustitución de cultivos estarán destinados al fracaso y todas las extinciones de dominio practicadas a campesinos serán injustas.

Finalmente, la inversión del narcotráfico en tierras es uno de los elementos que impide la realización de una reforma agraria efectiva. Según un estudio del INCORA mencionado por Enrique Gómez Hurtado<sup>72</sup>, hacia mediados de los años 90, las posesiones de tierra del narcotráfico ya eran equivalentes a la extensión de países como Holanda o Bélgica, es decir 30.000 kilómetros cuadrados de tierras productivas. Esta circunstancia termina es produciendo una contra-reforma tal y como lo señala Álvaro Camacho<sup>73</sup>.

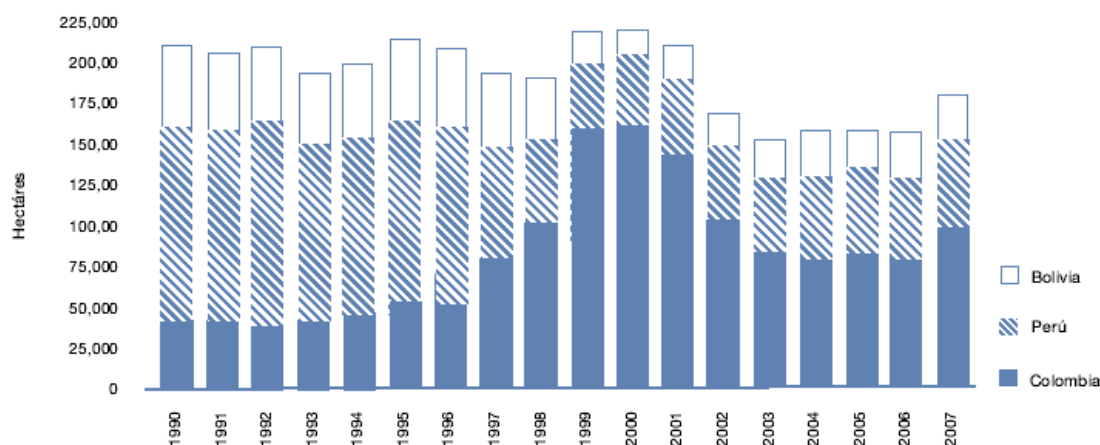
---

<sup>72</sup> GÓMEZ HURTADO. Op. cit., p. 57.

<sup>73</sup> CAMACHO. Op. cit., p. 69.

A pesar de que Colombia es el país de toda la región que más esfuerzos, dinero y vidas ha sacrificado en la lucha contra el narcotráfico, sigue siendo el mayor cultivador de cocaína como puede apreciarse en la siguiente gráfica.

Gráfica 2. Cultivo de coca en la Región Andina (ha) 1997-2007



Fuente: *Coca Cultivation in the Andean Region: A Survey of Bolivia, Colombia and Peru*, June 2008, United Nations Office on Drugs and Crimen ([www.unodc.org/brazil/pt/pressrelease\\_20080619.html](http://www.unodc.org/brazil/pt/pressrelease_20080619.html))<sup>74</sup>.

#### 2.1.9. Problemas Ambientales.

Según estimaciones de la Dirección Nacional de Estupefacientes, se destruyen 2,5 hectáreas de bosque tropical para establecer sólo una hectárea de cultivo de amapola, mientras que por Ha de cultivo de coca, se destruyen 4 Ha de bosque.

<sup>74</sup> Tomado de COMISIÓN LATINOAMERICANA SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA. Op. cit., p. 21.

Tabla 3. Estimación de Área de Bosques Destruídos por Cultivos Ilícitos de coca 1987 - 1998.

Año	Cultivo ilícito de coca *, área estimada (ha)	Bosque destruido**, área estimada (ha)
1987	25.600	102.400
1988	34.000	136.000
1989	42.400	169.600
1990	40.100	178.800
1991	37.500	178.800
1992	37.100	178.800
1993	39.700	178.800
1994	45.000	198.400
1995	50.900	
1996	67.200	287.200
1997	79.500	336.400
1998	101.800	425.600

Fuente: Las cifras anuales estimadas por el Gobierno de Estados Unidos son reportadas por la Agencia CNC/CIA, oficina que reporta al Departamento de Estado<sup>75</sup>.

Nota: Las cifras de área estimada de bosque destruido se presentan en forma acumulada.

Años atrás este impacto no se consideraba tan trascendente, sin embargo, la actual situación de calentamiento global, nos ha llevado a replantear la forma en que valoramos los recursos naturales. Acá nos referimos especialmente a los bosques, que al producir oxígeno a cambio de CO<sub>2</sub>, se convierten en los 'pulmones del planeta'.

Pero los impactos ambientales no son sólo cortesía del narcotráfico. El Estado dentro de sus estrategias de erradicación de cultivos, incluye fumigaciones con

---

<sup>75</sup> Tomado de: DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, SUBDIRECCIÓN ESTRATÉGICA Y DE INVESTIGACIONES. Op. cit., p. 37.

herbicidas gentilmente proveídos por Estados Unidos, dentro de los que se destaca el glifosato. El uso de éstos químicos genera varios problemas, a saber: destruyen cultivos lícitos e ilícitos indiscriminadamente echando a perder las tierras fumigadas; al hacerse desde el aire, en las zonas fronterizas hemos afectado también las tierras de los países vecinos (principalmente de Ecuador), lo que ha generado tensiones internacionales; finalmente, se trata de sustancias peligrosas para la salud humana, por lo que generan problemas de salud a nuestros campesinos. Quizás sea por estas razones que en el suelo de nuestros proveedores está prohibido el uso de dichos químicos.

#### 2.1.10. Salud Pública.

Sobre este tema profundizaremos en el siguiente capítulo, por el momento basta con señalar que los efectos negativos para la salud de 'las drogas', han sido incrementado por la política guerrerista en dos formas.

En primer lugar, recordamos los graves problemas de salud que sufren quienes viven en zonas de cultivos como consecuencia de las fumigaciones. Y en segundo, que la mayor cantidad de muertes derivadas del consumo, generalmente responden o a un problema de calidad del producto, o a la falta de atención médica inmediata. Esta última, habitualmente sucede porque de la investigación que allí surge puede acarrearle problemas llevar a un hospital

#### 2.1.11. Penas ejemplares.

Como ya se ha explicado, la represión ha hecho que para contrarrestarla el negocio 'evolucione' en un sub-mundo que ha probado ser efectivo. Como ya vimos, esto quiere decir que por más incautaciones que se hagan el volumen movilizado siempre va a ser mayor. En otras palabras, las posibilidades de ser atrapado son muy bajas. Esto, ha llevado a que en algunos países las sanciones

sean tan 'ejemplarizantes', que incluso se prevea la pena capital. Esto último sucede en Indonesia, donde ocurrió el publicitado caso de Schapelle Corby, una australiana capturada mientras entraba a ese país con 4,2 kg de marihuana. Fue sentenciada a 'sólo' 20 años, a pesar de haber indicios que apuntan a que la bolsa fue plantada en su equipaje<sup>76</sup>.

#### 2.1.12. Dinero Fácil.

Quizás la explicación más clara sea la que García Márquez hace en 'Noticia de un Secuestro': "una droga más dañina que las mal llamadas heroicas se introdujo en la cultura nacional: el dinero fácil. Prosperó la idea de que la ley es el mayor obstáculo para la felicidad, que de nada sirve aprender a leer y a escribir, que se vive mejor y más seguro como delincuente que como gente de bien".

Al respecto, sólo resta decir que pasará mucho tiempo antes de que nos demos cuenta de los verdaderos efectos que producirá esta falta de respeto a la ley<sup>77</sup>.

## 2.2. INCONVENIENCIA DE LA GUERRA

Recordemos que hace sólo un siglo, el consumo era visto como un acto propio de la esfera privada del individuo y por tanto ajeno a la intervención estatal. Sin embargo, hoy en día se le ve como un delito que debe ser castigado por el bien del propio consumidor y de la comunidad en general.

El 'adoctrinamiento' al que hemos sido sometidos, nos hace ver el asunto de una forma pastoral y teológica, impidiendo que podamos vislumbrar las verdaderas

---

<sup>76</sup> Cfr. HOSKING, Janine. (direct.). Ganja Queen. [Documental televisivo]. HBO. 16, Julio, 2009.

<sup>77</sup> HUSAK. Op. cit., p. 94.

dimensiones e implicaciones del problema. Esto ha generado una resistencia inercial a la despenalización, similar a la que en su momento existió frente a los derechos de las mujeres o los negros y que aún hoy en día se mantiene frente a los derechos de los homosexuales.

Sólo así se explica que diariamente sea desestimada la realidad que refuta la eficacia del modelo represivo. Y es que la rígida actitud prohibicionista no ha logrado sino proveer las condiciones propicias para que los imperios criminales continúen financiando sus actividades. Mientras tanto, en detrimento de la inversión social, se malgastan dineros públicos en una guerra que no ha dado ninguno de los resultados esperados, antes por el contrario, ha ocasionado más problemas de los que pretendía resolver. Sobre el particular, coincido con Sazs, quien es enfático al señalar que:

El abuso de drogas, como el abuso de alimentos o de sexo, sólo puede herir o matar a la persona que abusa; y, por supuesto, raramente lo hace. Sin embargo el abuso de las leyes contra las drogas –la criminalización del libre mercado de las drogas- hiere y mata tanto a usuarios como a las llamadas personas que abusan. Muchos han muerto ya por usar drogas impuras, adulteración de un producto criminalizado; por balas disparadas en el curso de guerras entre bandas; por personas comprometidas en el comercio ilegal de drogas ('camellos', 'traficantes'); y por el sida, debido a la ausencia de un libre mercado de jeringas y agujas exentas de gérmenes (accesorios para las drogas). Muchos más morirán, seguro, en nombre de esa guerra santa que promete purificar el mundo y convertirlo en un territorio libre de drogas<sup>78</sup>.

A esto mismo se refiere Serres<sup>79</sup> cuando afirma que, por escandalosa que parezca una actitud permisiva del Estado frente a un vicio mortal, esta conducta es preferible a la de seguir llenando el planeta de sangre, mafiosos y dineros ilícitos.

---

<sup>78</sup> SAZS, Thomas. Nuestro derecho a las drogas. Op. cit., p. 67. Citado por SALAZAR. Op.cit., p. 31 – 32.

<sup>79</sup> SERRES, Michel. Drogas. En: ¿Legalizar la droga? -Seis escritos sobre el tema-. 1º ed. Medellín: Editorial Corporación Región, 1994. p. 11.

De todas formas, la despenalización no sólo puede argumentarse desde la perspectiva de la conveniencia social. Como veremos en el siguiente capítulo, castigar el mero consumo de una sustancia implica una violación a los derechos morales y contraría preceptos básicos de un ESD moderno.

### 2.3. DOCUMENTO DE LA COMISIÓN LATINOAMERICANA SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA

Esta Comisión surge como una respuesta al descontrolado aumento del problema en la región y a la ineficacia de las medidas adoptadas para conjurarlo. Su objetivo es “evaluar la eficacia y el impacto de las políticas de combate a las drogas y elaborar propuestas orientadas a políticas más eficientes, seguras y humanas”<sup>80</sup>.

. La iniciativa surge de los ex-presidentes Fernando Henrique Cardoso de Brasil, César Gaviria de Colombia y Ernesto Zedillo de México (co-presidentes de la Comisión) y cuenta con la participación de otras 14 importantes figuras latinoamericanas entre las que se encuentran los escritores Paulo Coelho y Mario Vargas Llosa, los periodistas Ana María Romero de Campero y Enrique Santos Calderón, y el ex-alcalde Mayor de Bogotá Antanas Mockus Sivickas.

El documento presentado por la Comisión, empieza con una ‘declaración’ muy dicente: la guerra está perdida. Esto es llamativo si se tiene en cuenta que fue elaborado por personalidades de la vida política del continente, pues a pesar de que este es un hecho perceptible desde hace varios años, los gobiernos no lo han aceptado abiertamente.

---

<sup>80</sup> Objetivo de la Comisión. Disponible en Internet: <<http://drogasydemocracia.org/objetivo>>

A continuación, reconocen los sacrificios humanos y económicos de la guerra, sostienen la necesidad de mantener la lucha con los carteles, pero reclaman que la estrategia sea replanteada, pues la actual está lejos de entregar los resultados esperados.

Califican de Tabú a la problemática y a la falta de análisis serios como la principal consecuencia de los prejuicios. Siguiendo este orden, sostienen que lo primero que debe hacerse es diferenciar las sustancias según el daño producido a las personas y a la sociedad.

Consideran que la prevención debe tener un papel prioritario, pues ya está visto que los esfuerzos y sacrificios de la guerra si bien acaban con las organizaciones criminales, al narcotráfico como actividad difícilmente podrá ser erradicado.

Así, admiten que Europa da un tratamiento más acorde con la salud pública a sus adictos, pero critican su falta de compromiso con la prevención de consumo, pues al no atacar la demanda (razón de ser del mercado), según ellos se 'minimiza la dimensión social del problema'. Por esto, invocan la colaboración de USA y Europa para disminuir mercados.

Plantean que este 'nuevo paradigma' presentado por la Comisión, se sustente en tres grandes directrices: tratar el consumo de drogas como una cuestión de salud pública; reducir el consumo mediante acciones de información y prevención; focalizar la represión sobre el crimen organizado. Teniendo en cuenta éstas directrices, se proponen 5 iniciativas.

- Transformar a los adictos de compradores de 'drogas' en el mercado ilegal, a pacientes de los sistemas de salud. Se confía en que junto con campañas de



prevención, será posible disminuir la demanda de tal forma que el precio baje ostensiblemente, haciendo la actividad menos lucrativa.

- Evaluar con un enfoque de salud pública y haciendo uso de la más avanzada ciencia técnica. En este punto señalan la conveniencia de descriminalizar la tenencia de marihuana para el uso personal, pues si bien causa daños al cuerpo, éstos no son más graves que los producidos por el alcohol o el tabaco. Recuerdan que la criminalización del consumo hace que USA gaste más en cárceles que en prevención e información; mientras que en Latinoamérica la congestión carcelaria y falta de recursos hacen que esta medida sea imposible. Y finalmente, que esta medida viola los derechos humanos de los consumidores y los pone en contacto con el mundo criminal.
- Reducir el consumo a través de campañas innovadoras de información y prevención que puedan ser comprendidas y aceptadas, en particular por la juventud, que es el mayor contingente de usuarios. Las campañas deben informar y prevenir eficientemente, por lo que un lenguaje claro y argumentos consistentes con las personas a las que se destinan se hacen indispensables. Recalcan la importancia de que en éstas campañas se recuerde la responsabilidad de todos frente al problema.
- Focalizar las estrategias represivas hacia la lucha implacable contra el crimen organizado. Deben atacarse conjuntamente la violencia, el lavado de dinero, la corrupción, el tráfico de armas y el control de territorios por parte de éstos grupos.
- Reorientar las estrategias de represión al cultivo de drogas ilícitas. La erradicación debe acompañarse de programas de cultivos alternativos viables y productivos, pero también deben desarrollarse fuentes alternas de trabajo. Deben

considerarse los usos lícitos de plantas como la coca, que tiene una larga tradición en los países andinos. Por supuesto, deben tomarse medidas tendientes a asegurar que estos sean los fines reales de los cultivos.

A continuación reiteran que las nuevas políticas deben basarse en estudios científicos y no en principios ideológicos. Dichas políticas, deben ser evaluadas rigurosamente para poder establecer todos los posibles impactos de las alternativas que sean propuestas. Para esto es necesaria la participación de toda la sociedad en conjunto.

Sostienen que Latinoamérica debe tener voz propia en el debate internacional y dejar de atenerse a los que decidan otros países. Por otra parte, consideran que será necesario modificar los actuales Tratados Internacionales de las Naciones Unidas, los 3 principales son:

- Convención única sobre Estupefacientes de 1961. Señala al opio, la marihuana y la cocaína como las drogas que deben ser perseguidas; establece la forma de incluir nuevas sustancias; señala las atribuciones de la ONU en un sistema de control internacional.
- Convención sobre sustancias psicotrópicas de 1971. Surgió para lidiar con las drogas que empezaron a popularizarse en esos años.
- Convención contra el Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas y Sustancias Psicotrópicas de 1988. Aborda problemas relacionados con el narcotráfico como el lavado de activos y el control de precursores.

En este punto, rememoran las conclusiones del último 'Informe Mundial sobre Drogas' de la UNODC (Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen), según el cual la aplicación de las Convenciones de las UN produjo varias consecuencias negativas inesperadas: creación de un mercado negro controlado por el crimen; la lucha contra las organizaciones dedicadas a esta actividad demanda cada vez mayores recursos, muchas veces en detrimento de la salud pública que es el bien jurídico que se ve afectado; la oferta global se ha mantenido estable, pues la represión en un lugar sólo logra trasladar la producción a otro; los costos de 'las drogas' derivados de la represión hacen que se utilicen drogas sustitutas, muchas veces más peligrosas<sup>81</sup>; la prohibición ha generado la estigmatización de los adictos, generando así mayores problemas para estas personas; los objetivos fijados en estos Tratados son inalcanzables.

Reconocen además, los problemas de violencia, la propagación del SIDA, la criminalización de pueblos que usan la coca como un elemento cultural y las penalizaciones desproporcionadas que generan encarcelamientos masivos e inclusive ejecuciones.

Antes de continuar, es importante aclarar que estos Instrumentos obligan a reprimir, sancionar y punir únicamente la producción y distribución, por lo que existe flexibilidad en cuanto a la forma de regular la situación del consumidor. Sin embargo, 'las drogas' que se regulan en las Convenciones, sólo pueden ser usadas con fines medicinales e investigativos, proscribiendo así, cualquier uso recreacional o espiritual.

---

<sup>81</sup> Sobre el particular, quisiera agregar que por esta razón hay un nivel de consumo tan elevado de crack y basuco, dos drogas altamente tóxicas cuyo consumo es asociado con la marginalidad.

Ahora bien, consideran que para Latinoamérica en particular, las consecuencias pueden resumirse en 5 puntos:

- Poderes paralelos a los Estados que no han podido consolidar su poder en todo el territorio.
- Corrupción de la policía, la rama judicial y el sistema penitenciario.
- 'Alienación de la juventud'.
- Desplazamiento de campesinos y estigma sobre culturas tradicionales de Bolivia y Perú.
- Relación entre comercio de drogas, armas de fuego y altísimas tasas de homicidios.

En conclusión, la guerra ha consumido grandes recursos, no ha alcanzado ninguno de los resultados esperados y en cambio ha generado nuevos problemas, mucho más graves que el vicio que se pretendía erradicar. Al respecto son enfáticos en aceptar que un mundo sin drogas no es un horizonte realista.

Más aún, denuncian la contradicción que existe en la supuesta protección a la salud pública. Por un parte aportan el documento presentado por la Beckley Foundation "The Global Marihuana Commission Report", en donde se sostiene que los efectos negativos de esta sustancia son menores a los ocasionados por el alcohol y el cigarrillo. Y por otra, presentan el ejemplo norteamericano, en donde existe la mayor población carcelaria del mundo. Sólo en 2007 se apresaron 500.000 personas por delitos relacionados con drogas (diferente a delitos cometidos bajo la influencia), cada una de éstas personas puede costarle al sistema hasta 450.000

dólares (juicio, prisión y mantenimiento), dinero con el cual podría ofrecerse tratamiento y educación a 20 personas.

Mientras tanto, en otras latitudes se ha observado que “políticas menos represivas, con menos costos sociales y más humanas, no produjeron incrementos en el consumo”<sup>82</sup>. De hecho, la experiencia con las ‘drogas legales’ (alcohol y tabaco), da las bases para afirmar que las campañas de prevención e información sí sirven para tratar los problemas de consumo. Así, concluyen que el papel del Estado debe estar enfocado en reducir los daños que ‘las drogas’ producen a la sociedad, los individuos y las instituciones. Este modelo, llamado ‘europeo’, no sólo se muestra más humano, sino también más eficiente, pues previene efectos secundarios como lo es la transmisión del VIH. Como se pretende dar un verdadero tratamiento de salud pública a alguien que necesita auxilio y no castigo, se fundamenta en los programas de apoyo, el tratamiento a personas dependientes y la regulación de la parafernalia (agujas, jeringas, pipas, etc.).

Frente a este panorama, analizan en primer lugar la despenalización del consumo. Aclaro que se trata de la acepción propuesta por Raúl Cervini en ‘Los Procesos de Descriminalización’, para quién este es “el acto de disminuir la pena de un ilícito sin descriminalizarlo, es decir, sin retirar del hecho el carácter de ilícito penal”<sup>83</sup>. Para quienes elaboraron el documento, esto en la práctica sería equivalente a dejar de sancionar con privación de libertad. El problema con esta solución es la alta discrecionalidad policial, que en países de corrupción generalizada representa el peligro del chantaje para el consumidor.

---

<sup>82</sup> COMISIÓN LATINOAMERICANA SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA. Op. cit., p. 35.

<sup>83</sup> CERVINI, Raúl. Los procesos de Descriminalización. 2 ed. San Pablo: Revista de los tribunales, 1995. p. 75. Citado por COMISIÓN LATINOAMERICANA SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA. Op. cit., p. 23.

Así, llegan a la conclusión de que la mejor postura frente al consumo es la descriminalización, que entienden como mantener los actos como ilegales pero por fuera del derecho penal; concepto que distinguen a su vez, de la legalización que consiste en reglamentar una actividad como legal.

Teniendo en cuenta lo anterior, analizan las diferentes medidas que se han tomado en todo el continente para disminuir el consumo, y concluyen que “los países de América Latina se orientan hacia la misma dirección: la demanda de alternativas a políticas de represión indiscriminada, reconociendo que la complejidad de los temas y de los diferentes actores sociales involucrados exigen respuestas innovadoras que movilicen el conjunto de recursos de la sociedad y una amplia gama de políticas públicas”<sup>84</sup>

Finalmente, reiteran la importancia de: mantener una fuerte represión sobre los sistemas de producción y comercialización, que debe basarse principalmente en el trabajo de inteligencia; la realización de verdaderos estudios (es decir libres de prejuicios) sobre las drogas, sus riesgos e impactos, para así tener un monitoreo real de la situación; y finalmente, reclaman una discusión frontal del problema.

---

<sup>84</sup> Ibidem., p. 38.

### 3. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA A LA LUZ DE UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Para poder realizar el análisis propuesto de forma adecuada, considero pertinente hacer en primer lugar una breve referencia al concepto de Estado Social de Derecho.

#### 3.1. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

##### 3.1.1. Orígenes.

En 1832 Robert von Mohl habló por primera vez de un Estado de Derecho, que como su nombre lo indica, se caracteriza por el sometimiento de todos, inclusive el soberano al imperio de la Ley. Así surge el concepto de igualdad formal, pues al ser reguladas por las mismas normas y gozar de los mismos derechos políticos y civiles, todas las personas son consideradas iguales. De esta forma el papel del Estado se limita a la vigilancia de la sociedad y la represión de las posibles perturbaciones.

Sin embargo, en el primer tercio del Siglo XX ya era evidente que si bien las personas gozaban formalmente de los mismos derechos, en la práctica no todos podían ejercerlos. Por esto, en 1929 Heller acuñó el término 'Estado Social de Derecho', el cual exigía una doble vía de realización: en primer lugar, 'la ciudadanía' ahora se reconoce como integrada al país no sólo política y jurídicamente, sino también económica, social y culturalmente. Mientras tanto, por su parte el poder público deja de ser vigilante-represor, para convertirse en

“ordenador, conformador de la sociedad y promotor de ese nuevo ciudadano partícipe”<sup>85</sup>.

En otras palabras esto quiere decir que la igualdad ya no se entiende de manera formal sino material, es decir, se reconoce que los individuos son diferentes unos de otros y por tanto se admite que no todos pueden ser tratados como iguales. Por esto el cumplimiento de las tareas estatales, debe tener como fin “corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales”<sup>86</sup>. Según la Corte Constitucional

*con el término 'social' se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales<sup>87</sup>.*

En conclusión, podemos resumir que un Estado Social de Derecho es aquel en el cual la intervención estatal se limita a propender por el bienestar general y la justicia social.

---

<sup>85</sup> TORRES del MORAL, Antonio. El Estado de Derecho. En: Estado Constitucional y Democracia de Partidos. P. 73.

<sup>86</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Sentencia SU-747 (2, Diciembre, 1998). Por medio de la cual se decide el proceso de tutela T-152455, instaurado por Jorge Eliécer Raza y otros, contra el registrador del Estado Civil de Santiago (Putumayo). Bogotá D.C., 1998.

<sup>87</sup> Ibid.



### 3.1.2. Separación entre Moral y Derecho.

Esta formulación se remonta al iluminismo y fue uno de los planteamientos que ayudó a desechar las sanciones penales que el antiguo régimen imponía a conductas inmorales pero inocuas para la sociedad como lo son las herejías y blasfemias, el adulterio, etc<sup>88</sup>. De esta forma se proscribió cualquier intervención estatal en la esfera privada del individuo.

Aun cuando dicha separación se formuló mucho tiempo antes que el Estado Social de Derecho, es evidente que aquel principio compagina perfectamente dentro de este concepto. Esto es así porque un Estado Social de Derecho le da prevalencia a los derechos individuales de las personas siempre y cuando no afecten el bienestar general o la justicia social. Por lo tanto cualquier comportamiento moral o inmoral realizado en condiciones de privacidad no debe importarle ni al Estado ni al resto de la comunidad. En otras palabras cada quien tiene el derecho a ser inmoral.

Según Ferrajoli<sup>89</sup> este derecho puede observarse de dos formas distintas. En negativo, significa el límite a la intervención penal del Estado, es decir el reconocimiento y protección de la libertad interna del ciudadano como presupuesto de su vida moral y libertad exterior. Por otra parte, en positivo significa el respeto a la persona humana, su dignidad y libre desarrollo; de aquí se desprenden la tolerancia hacia las opiniones personales (así disientan o sean incluso hostiles al Estado) y la igualdad de los ciudadanos, en el sentido de que sólo pueden ser diferenciados por sus actos, no por sus ideas o tendencias personales.

---

<sup>88</sup> CORDOBA. Op. cit., p. 624.

<sup>89</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón teoría del garantismo penal. 4º Edición. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 481.

Desafortunadamente en la práctica el principio de separación entre moral y derecho no ha sido acogido íntegramente. La represión dirigida a consumidores de 'drogas' es sólo una de las situaciones que sustentan mi afirmación, pues al observar nuestro pasado cercano, recordamos que prácticas como la homosexualidad, bigamia y pornografía, fueron sancionadas penalmente hasta hace relativamente pocos años. Actualmente éstas conductas pueden ser consideradas como inmorales según el propio entendimiento de cada quién, pero si se realizan dentro de ciertos parámetros de control mínimos (principalmente que haya consentimiento por parte de los adultos que la realizan, además de efectuarse en condiciones de privacidad), nadie podría tomarlas por delitos y por el contrario tal consideración violaría flagrantemente los derechos de los participantes.

## 3.2. PAPEL DEL DERECHO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

### 3.2.1. Restricciones que impone el Derecho Penal en la sociedad.

Ferrajoli<sup>90</sup> define al Derecho Penal como "una técnica de definición, comprobación y represión de la desviación". De esta definición se colige la existencia de tres restricciones que pueden recaer sobre sospechosos, culpables y en general sobre todos:

#### 3.2.1.1. Definición de las conductas 'desviadas'.

Esta tarea le corresponde al legislativo e implica que la libertad de acción de todas las personas es recortado, pues el legislador define una serie de conductas en las que nadie debe incurrir, so pena de la imposición de un castigo penal.

---

<sup>90</sup> Ibid., p. 209.

#### 3.2.1.2. Sometimiento coactivo a juicio.

Los destinatarios de esta medida son los sospechosos de haber incurrido en una infracción penal. La orden proviene de un juez, es decir de la rama judicial, pero para hacerla efectiva es común que se haga necesaria la participación de autoridades de policía.

En nuestra legislación está permitido que se dicten medidas de aseguramiento para evitar que el imputado 'obstruya el debido ejercicio de la justicia', para asegurar que comparezca al juicio o para neutralizar el peligro que este representa para la sociedad o las víctimas<sup>91</sup>.

#### 3.2.1.3. Castigo.

Ésta restricción es la más severa y por tanto está reservada sólo para aquellos que sean hallados culpables en juicio. Generalmente consiste en la privación de la libertad, bien sea en un centro carcelario o en el domicilio del condenado, pero también es posible que se trate de multas o privación de otros derechos (como inhabilidad para ejercer una profesión, funciones públicas, conducir un vehículo, etc.).

#### 3.2.2. Costos del Derecho Penal.

Siguiendo la línea propuesta por Ferrajoli<sup>92</sup>, encontramos que dichas restricciones implican algunos costos que como tales deben ser justificados.

En primer lugar está el costo de la justicia. Este es difícil de medir, pues depende de las opciones que haya adoptado el legislador respecto a qué

---

<sup>91</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Artículos 308 - 312 de la Ley 906 (31, Agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2004.

<sup>92</sup> FERRAJOLI. Op. cit., p. 209, 210.

conductas deben ser penalizadas, qué tipos de pena deben imponerse a quienes las realicen, en qué forma debe llevarse el proceso y cuáles deben ser las garantías que lo rodeen.

En segundo lugar, Ferrajoli agrupa el costo de las injusticias en 4 'cifras': la 'cifra negra de la criminalidad', que corresponde a los culpables que son declarados inocentes (única cifra tenida en cuenta en los estudios de criminología); la 'cifra de la ineficiencia', que agrupa a quienes debieron soportar el proceso e inclusive detención preventiva a pesar de que finalmente fueron declarados inocentes; la cifra de quiénes teniendo una condena en firme fueron declarados inocentes tras interponer algún mecanismo de revisión; y finalmente, la 'cifra de la injusticia', en donde se incluyen los inocentes que han sido declarados culpables y por tanto han purgado o están purgando su condena<sup>93</sup>.

Al tener en cuenta estos costos, nos es posible entender la gran responsabilidad que implica el manejo del Derecho Penal en una sociedad, pues se relaciona con la legitimación al Estado para que castigue a los particulares. Esto nos da a entender que en este marco se desarrolla la relación más conflictiva que hay entre el ciudadano y el Estado, el poder público y la libertad privada, la defensa social y los derechos individuales.

### 3.2.3. Tendencias del Derecho Penal. Convencionalismo - Sustancialismo<sup>94</sup>.

Las respuestas a estas preguntas anteriormente planteadas, nos dan pistas sobre la forma en que una sociedad específica justifica el derecho penal y pueden clasificarse según su cercanía con uno de dos 'filones antitéticos'. Por una parte, se

---

<sup>93</sup> Nótese que esta cifra de la injusticia es consecuencia de las falencias prácticas o normativas del sistema penal.

<sup>94</sup> Ibid., p. 213.

encuentra el 'filón' convencionalista y empirista desarrollado en el 'Siglo de las Luces' y perfeccionado por los clásicos italianos del Siglo XIX. Proviene de la tradición garantista, por lo que tiende al 'Derecho Penal mínimo', es decir que la intervención del derecho penal debe ser la menor posible debido a la violencia que entraña.

Por otra parte, está el modelo sustancialista u ontológico surgido en el oscurantismo premoderno y retomado durante la segunda mitad del S XIX. Por ser producto de la tradición autoritaria materializado en proyectos antiliberales, tiende al 'Derecho Penal máximo', es decir a la intención de disciplinar la sociedad a través de la herramienta penal.

La cercanía a uno u otro modelo responde al manejo que se les dé tanto a la justificación externa como a la justificación interna del Derecho Penal, entendiendo por la primera a los principios normativos externos al derecho positivo como la valoración moral o política, es decir la justicia; y por la segunda a los principios que se encuentran consignados en el ordenamiento mismo, es decir la validez<sup>95</sup>. Estos dos conceptos nos permiten clasificar las teorías de justificación del Derecho Penal.

La primera clasificación corresponde a las teorías que confunden ambas formas de justificación haciendo que una se subordine a la otra. A su vez la subordinación puede hacerse de dos formas. Cuando se subordina la legitimación interna a la externa estamos frente al iusnaturalismo o sustancialismo jurídico, es decir que según esta teoría, una norma es válida por el simple hecho de ser justa, por lo que criterios subjetivistas y opciones valorativas se encuentran por encima de la fuente positiva. Por su parte, cuando se subordina la legitimación externa a la interna se da el legalismo o formalismo ético, según el cual una norma es justa cuando ha

---

<sup>95</sup> Ibid., p. 213.

sido creada de conformidad con las demás leyes, lo que genera el problema del autoritarismo.

En segundo lugar está el Positivismo Jurídico, caracterizado por distinguir adecuadamente ambos tipos de justificaciones, presupuesto del modelo penal garantista como veremos a continuación.

#### 3.2.4. Derecho Penal en la discusión Moral-Derecho.

Como se dijo anteriormente, esta formulación es un aporte ilustrado, recogida más adelante por el positivismo jurídico y considerada uno de los principios en que se funda un ESD moderno. Cuando se traslada la discusión al Derecho Penal en los términos que hemos venido manejando, podemos hablar de la relación entre los juicios de validez (derecho) y justicia (moral).

La separación entre juicios de validez y de justicia implica<sup>96</sup> que esta última (la justicia) no es ni necesaria, ni suficiente para predicar la validez de una norma, pues esto solamente puede derivarse de los parámetros internos de cada ordenamiento (es decir de la validez de otras normas). Mientras que por otro lado, los parámetros externos son útiles para criticar un ordenamiento jurídico, al señalar su deber ser, de tal forma que señale hacia donde debe dirigirse el ser de ese ordenamiento.

Ahora bien, cuando se establece que un Estado moderno debe limitarse a "perseguir fines de utilidad concreta a favor de los ciudadanos y principalmente garantizar sus derechos y su seguridad"<sup>97</sup>, se está enunciando el 'deber ser' del derecho y del Estado mismo, pero al mismo tiempo se está imponiendo una

---

<sup>96</sup> Ibid., p. 219-221.

<sup>97</sup> Ibid., p. 222.

restricción a la actividad coactiva del Estado, por hacerse necesaria una relación entre la conducta prohibida y el bienestar general que justifique el castigo (en general, los costos del Derecho Penal). Por este motivo, una inmoralidad por sí sola jamás podría considerarse suficiente justificación para una intervención penal en la vida de los ciudadanos.

En otras palabras, el derecho natural provee los fundamentos del Estado y sus principios de justificación externa, para moldear, limitar y fundamentar al derecho positivo como el único válido. Para Bobbio<sup>98</sup> esto es una paradoja ('La paradoja Hobbesiana'), pues acude simultáneamente al iusnaturalismo y iuspositivismo. La contradicción es aparente, ya que el estado y el Derecho Positivo no son fines en sí mismos, sino instrumentos que permiten garantizar que los parámetros naturales rijan, aun cuando se convierten en artificiales con la sanción del legislativo.

Desafortunadamente la codificación generó el ocaso del Derecho Natural, por lo que la cultura jurídica perdió cualquier referencia externa a la justificación y limitación de las leyes positivas, haciendo del Estado y del Derecho Positivo fines en sí mismos. Por esto denuncia Ferrajoli<sup>99</sup>, que en éstos días la cultura jurídica 'liberal' parece estar más preocupada por proteger al orden mismo (económico, político, etc) que a los ciudadanos.

De ahí surge la tendencia hacia un formalismo ético, que consiste en atar la justificación ética política del derecho penal a la validez estrictamente positiva, renunciando así a cualquier punto de vista externo que justifique las intervenciones. Esto permite fundamentar doctrinas en donde no existen límites al poder del Estado, lo que autoriza la penalización de cualquier conducta siempre y

---

<sup>98</sup> Cfr. BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*. Chicago: The University of Chicago Press, 1993. p. 117.

<sup>99</sup> FERRAJOLI. *Op. cit.*, p. 228.

cuando se surta el trámite legal e independientemente del verdadero riesgo que esa conducta implique para el bienestar general. Así, por ejemplo penalizar actos homosexuales a través de una Ley correctamente tramitada sería válido y justo. En este marco, han habido referencias externas a la ley positiva (como la pecaminosidad intrínseca del delito o la especial morfología del reo), que al mezclar la norma natural con la positiva, en lugar de limitar la actividad penal, lo que hacen es justificar cualquier intromisión en la esfera privada de las personas. Así es como el derecho penal se ha expandido por fuera de los límites garantistas.

En nuestros días no se presenta la confusión Moral-Derecho en el sentido iusnaturalista debido a la prevalencia absoluta de la norma positiva, sin embargo aclaro que tal concepción implicaría que las normas penales se dediquen a reproducir dictámenes de sistemas metajurídicos, por lo que las meras inmoralidades terminarían siendo castigadas penalmente. En otros términos, se confunde el deber ser con el ser, por lo que una norma es considerada como jurídicamente válida en cuanto sea éticamente justa, socavando así la seguridad jurídica derivada de las normas positivas.

En este punto, considero relevante señalar que este postulado de la separación entre derecho y moral, es uno de los presupuestos de la Teoría del bien jurídico formulada por Claus Roxin<sup>100</sup>, teoría sobre la que profundizaremos más adelante.

### 3.2.5. Justificación del Derecho Penal.

Teniendo en cuenta las anteriores disertaciones, ha llegado la hora de preguntarnos por la justificación de la actividad del derecho penal sobre los ciudadanos.

---

<sup>100</sup> Cfr. ROXIN, Claus. Sentido y límites de la pena estatal. En: Problemas básicos del Derecho Penal. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Editorial Reux, 1976. p. 23 y 24.



### 3.2.5.1. Justificaciones Tradicionales.

Habitualmente, se han propuesto tres teorías que justifican la actividad penal.

#### 3.2.5.1.1. Teoría de la Retribución.

Según esta teoría, la pena lleva su fin en sí misma, al imponerla se hace prevalecer la justicia, pues quien hizo un daño merece sufrir un castigo (muy similar a la primitiva Ley del Talión). Tiene 3 problemas:

- Principalmente, no se encarga de fundamentar la necesidad de la pena, por el contrario, la presupone necesaria. Es decir, realmente no la justifica.
- En gracia de discusión, puede aceptarse la inmanencia de la potestad sancionadora del Estado. Aún así, la idea de compensar la culpabilidad parece insatisfactoria si se tienen en cuenta la infinidad de circunstancias que pueden rodear una acción humana. Es decir, surge el irresoluble problema de demostrar que esa persona en particular podía reaccionar de manera diferente en esas circunstancias específicas.
- No se entiende como puede borrarse un mal (el delito) añadiendo otro (la pena). Este comportamiento sólo puede considerarse cualitativamente diferente de la venganza mediante un 'acto de fe'.

#### 3.2.5.1.2. Teoría de la Prevención especial.

Esta teoría sostiene que la pena se justifica como medio para prevenir nuevos delitos del mismo autor. Paralelamente es una forma de 'intimidar' a quienes planeen cometer un delito y de resocializar a quien esté dispuesto. Se presentan tres objeciones:

- No resuelve la cuestión de que características deben tener los comportamientos sobre los que el Estado debería ejercer su poder intimidatorio.
  
- Ese primer problema genera a su vez el problema de que la 'resocialización' se convierta en una excusa para reprimir violentamente a quienes discrepan de la mayoría, lo que no puede suceder en un Estado Social de Derecho. "La idea de adaptación social forzosa mediante una pena no contiene en sí misma su legitimación, sino que necesita de fundamentación jurídica a partir de otras consideraciones"<sup>101</sup>.
  
- Además, de la resocialización surgen dos problemas concretos. En primer lugar, está la inconveniencia de prever penas fijas, ya que deberían variar según la 'necesidad de resocialización'. Y en segundo, no habría necesidad de pena si se tiene la certeza de que no volverá a suceder, inclusive ante los delitos más atroces.

#### 3.2.5.1.3. Prevención general.

De acuerdo con esta teoría, la principal función de la pena es intimidar no al autor, sino a la generalidad o colectividad que 'aprende la lección' de lo sucedido al delincuente. Los problemas que genera son:

- Esta teoría tampoco resuelve la pregunta sobre las características de los comportamientos que deben ser objeto de intimidación.
  
- Genera la tendencia hacia penas más severas, para que sean más impactantes a los ojos de la comunidad, por lo que se corre el riesgo de que sean desproporcionadas frente a la falta cometida.

---

<sup>101</sup> Ibid., p. 17.

- No se sabe a ciencia cierta cuál es el verdadero impacto de la pena, pues es imposible contar los casos en que la amenaza es eficaz. Instintivamente, puede decirse que sobre personas promedio la pena es suficiente para que ajusten su comportamiento al deseado por la ley, pero cada delito que se comete es un argumento más en contra de su supuesta eficacia, de hecho, ni siquiera las penas más crueles impuestas a través de la historia lograron erradicar el delito.
- Sería paradójico que el Derecho Penal no tuviera significación alguna para los delincuentes (es decir los no intimidados) y `que no hubiera de prevalecer y legitimarse frente a ellos también.
- Esta concepción atenta contra la dignidad humana, pues instrumentaliza al hombre. No es justo que a alguien se le imponga un mal con la intención de modificar el comportamiento de los demás.

#### 3.2.5.1.4. Eclecticismo.

Al encontrar ingredientes aprovechables en cada teoría, la solución fue juntarlas (como puede apreciarse en el artículo 4º del Código Penal Colombiano - Ley 599 de 2000-), sin hacer ningún esfuerzo por articularlas, llevando a que los problemas de cada teoría en lugar de suprimirse entre sí, terminaran multiplicándose<sup>102</sup>.

#### 3.2.5.2. Justificación propuesta por algunos doctrinantes.

Como se ha venido explicando, el Derecho Penal actúa de tres formas diferentes sobre el individuo: establece los delitos, es decir prohíbe conductas; juzga a

---

<sup>102</sup> Ibid., p. 19.

quiénes supuestamente las han realizado imponiendo penas que finalmente deben ser cumplidas por quiénes se encuentren culpables en el juicio.

De esta forma cada esfera de actividad estatal requiere de justificación y constituye una etapa diferente y necesaria para que se dé la siguiente esfera (por ejemplo: matar está prohibido, me condenan por matar, me imponen pena; si se tratara de una conducta que no está amenazada por pena, no me podría ser impuesta y mucho menos me vería obligado a purgar la condena; tampoco pueden obligarme a cumplir una condena que no me ha sido impuesta por el juez, así haya cometido un delito).

#### 3.2.5.2.1. ¿Qué se puede prohibir?

Según la concepción actual de Estado, el poder estatal proviene del pueblo, por lo que la función de aquel no puede ser alcanzar fines divinos. Tampoco puede ser corregir moralmente a personas adultas, pues éstas participan en el poder estatal con igualdad de derechos. De ahí, que como lo hemos venido reiterando su función "se limite más bien a crear y asegurar a un grupo reunido en el Estado, exterior e interiormente, las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales"<sup>103</sup>.

Para el Derecho Penal esto quiere decir que su fin "sólo debe consistir en garantizar la vida común de todos los ciudadanos sin que sea puesta en peligro", la justificación de esta tarea (no de los medios para realizarla) se deriva del deber de brindar seguridad a sus miembros.

De esta forma, las conminaciones penales se justifican solamente por la necesidad de protección preventivo-general y subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones

---

<sup>103</sup> Ibid., p. 21.

públicas<sup>104</sup>, pues son éstos dos factores los que ponen en peligro la existencia en común, entendiendo los primeros como condiciones esenciales previamente dadas, y las segundas como aquellas de las que depende el individuo en el marco de la asistencia social por parte del Estado<sup>105</sup>. La subsidiariedad se da porque la reacción penal es la más enérgica que puede tener el Estado frente a un particular, así que sólo debe usarse en último extremo, es decir cuando no existan mecanismos menos violentos o enérgicos, de lo contrario faltaría la legitimación de la necesidad social.

De las anteriores disertaciones surge el concepto material de delito, entendido como un conjunto de criterios materiales de la conducta punible, que se remontan más atrás de la norma codificada. En otras palabras, es un criterio político-criminal que define lo que debe ser punible y lo que no.

#### 3.2.5.2.2. ¿Cómo debe juzgarse?

De acuerdo con lo que se ha hablado hasta el momento, un ciudadano puede ser juzgado por lo que ha hecho y no por lo que es. Por este motivo, el juicio debe versar sobre los hechos penalmente prohibidos que le son imputados al reo, no sobre aspectos de su vida y personalidad. Vale la pena aclarar que tales aspectos pueden ser tenidos en cuenta dentro de un proceso, no para que sean juzgados en sí mismos, sino para permitirle al juez conocer las circunstancias que rodean a la persona enjuiciada.

---

<sup>104</sup> Ibid., p. 24.

<sup>105</sup> Ibid.

Adicionalmente, durante el proceso es necesario compaginar la necesidad que tiene la sociedad de imponer una pena, con la autonomía del delincuente (ambos garantizados por el Derecho). Esto trae 2 consecuencias:

- El particular no debe someterse a ningún trato que le prive de la libre determinación de sus declaraciones, por lo que los medios empleados para obtener confesiones no deben provocar reacciones independientes de las manifestaciones de la libre personalidad del inculpado (como por ejemplo usar el suero de la verdad, lavar el cerebro o inclusive torturar).
- 'La pena no puede pasar de la medida de la culpabilidad'<sup>106</sup>. Es decir que a la hora de imponer la pena, deben tenerse en cuenta los aspectos más relevantes en torno al hecho para determinar hasta dónde va la culpabilidad del actor. Por ejemplo una enfermedad mental puede disminuir la capacidad de control sobre las acciones propias y por tanto la culpabilidad, esta situación debería verse reflejada a la hora de tasar la pena.

#### 3.2.5.2.3. ¿Cómo debe ser la pena?

El ciudadano "si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es"<sup>107</sup>. Por esto, la pena no puede sancionar inmoralidades, ni pretender modificar la personalidad del reo. Para definir las funciones que debe cumplir la pena, se han recogido las teorías tradicionales de justificación del derecho penal.

---

<sup>106</sup> *Ibíd.*, p. 27.,

<sup>107</sup> Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 223.

En primer lugar encontramos la prevención especial, que se da en la medida en que la pena intimida al delincuente condenado frente a la comisión de futuros delitos y asegura a la sociedad de las acciones de ese individuo, por lo menos durante el cumplimiento de la pena.

En segundo lugar está la prevención general, entendida como la responsabilidad que co-asumen todos los miembros de la comunidad, que al ser incumplida conlleva una consecuencia necesaria para preservar el bienestar general. Así la prevención general sólo puede perseguirse dentro del marco de la culpabilidad individual, lo que es diferente a juzgar según la utilidad que esto represente frente a terceros. Además ésta ya no sólo se entiende como amenaza e intimidación, sino también como información sobre el ámbito de lo prohibido a quién de todas formas no necesita intimidación (nulla poena sine lege).

También encontramos que por ser un instrumento para garantizar la vida en comunidad, la pena sólo se justifica en la medida en que su fin sea el de reincorporar el delincuente a la comunidad. Como bien se sabe, esto depende en gran medida de la variable 'autonomía de la personalidad del condenado', pues a pesar de que es necesario que la pena tenga un fin resocializador, también es cierto que sin la voluntad del reo tal cometido es un imposible, pues la pena no puede interferir en la estructura de la personalidad. Así las cosas, se trata más bien de una oferta del Estado al individuo quien debe decidir si la aprovecha o no; no puede tratarse de 'moralizar magistralmente', sino de formar intelectual y espiritualmente, despertando así la conciencia de responsabilidad y desarrollando las aptitudes personales particulares.

En este punto, la prevención general impide que pueda renunciarse a la pena privativa de la libertad frente a delitos graves, aún existiendo diferentes mecanismos para la resocialización. Aquí entra en juego el tratamiento igualitario

que el Estado debe darle a quienes cometan el mismo delito, para evitar precedentes insostenibles.

Justificando al Derecho Penal de la forma propuesta, es posible balancear la necesidad de protección de la comunidad frente a las posibles agresiones del individuo con la protección de una excesiva presión por parte de la sociedad sobre el individuo<sup>108</sup>.

### 3.3. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL

Este derecho fundamental está consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de la siguiente forma: "todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico"<sup>109</sup>.

En la sentencia T-532 de 1992, la Corte Constitucional estableció que

El núcleo esencial de este derecho protege la libertad general de acción, vinculada estrechamente con el principio de dignidad humana, cuyos contornos se determinan de manera negativa, estableciendo en cada caso la existencia o inexistencia de derechos de otros o disposiciones jurídicas con virtualidad de limitar válidamente su contenido.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> ROXIN, Sentido y límites de la pena estatal, Op. cit., p. 34.

<sup>109</sup> COLOMBIA. Constitución Política. Art. 16.

<sup>110</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sala de Revisión de Tutela. Sentencia del 23 de Septiembre de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz (Sentencia T-532).



Esta concepción del derecho es reiterada en las sentencias C-221/94 (M.P. Carlos Gaviria), C-309/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-429/94 y T-493/93 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Como puede observarse, la formulación de este núcleo esencial es un tanto general. Por un lado, porque este derecho “no opera en un ámbito específico, ni ampara una conducta determinada –como lo hacen por ejemplo la libertad de expresión o la libertad de cultos- ya que establece una protección genérica, por lo cual se aplica en principio a toda conducta”<sup>111</sup>. Y por otro, porque las restricciones que el mismo artículo 16 impone (derechos de los demás y el orden jurídico) son muy amplias también.

Esta generalidad dio pie para que en las sentencias C-221/94 y C-309/97, una minoría disidente considerara que además de las restricciones del artículo 16 existía una implícita al ejercicio del derecho:

De otro lado, como se dijo antes, no comparte el suscrito magistrado el concepto de libre desarrollo de la personalidad que igualmente busca abrirse paso en la jurisprudencia de esta Corte, según el cual, mientras no se afecten derechos de terceros, el hombre es libre absolutamente para determinar su proyecto de vida, sin atender al sistema de valores imperante en el cual se halla inserto. Este concepto extremo, desconoce que la libertad es la facultad de autodeterminación que posee el hombre para conseguir sus propios fines naturales. En otras palabras, el dominio que el hombre tiene sobre sí, es un dominio en orden a una finalidad: perfeccionarse a sí mismo<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena (MP: Dr. Alejandro Martínez). Sentencia C-309 (25, Junio, 1997). Por medio de la cual se resuelve la exequibilidad del artículo 178 del Decreto 1344 de 1970, modificado por el artículo 1º del Decreto 1809 de 1990. Bogotá D.C., 1997.

<sup>112</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, ACLARACIÓN DE VOTO (MP: Dr. Vladimiro Naranjo). Sentencia C-309 (25, Junio, 1997). Por medio de la cual se resuelve la exequibilidad del artículo 178 del Decreto 1344 de 1970, modificado por el artículo 1º del Decreto 1809 de 1990. Bogotá D.C., 1997.

En este aparte, el Dr. Naranjo discrepa de una 'concepción absoluta del derecho', estableciendo que el ejercicio de este derecho se encuentra limitado por la búsqueda de la perfección individual.

Al respecto cabe señalar que al reconocer las limitaciones del texto constitucional, se está entendiendo que no se trata de un derecho absoluto, por el contrario y como ya se mencionó antes, este derecho tiene 2 amplias limitaciones que son los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico.

Además, considero que sería abiertamente inconstitucional, que el Estado (o cualquier otra persona o entidad) imponga a ciudadanos libres la obligación de perseguir un ideal de excelencia que el mismo ha creado, so pena de castigo. Esta concepción de libre desarrollo lleva al absurdo de que un ente decida lo que es bueno y malo, lo que se puede o no puede hacer, por encima de la voluntad de los directamente afectados por sus propias acciones. En últimas, esta limitación adicional inventada por algunos magistrados, termina desnaturalizando la concepción de libre desarrollo de la personalidad, pues garantiza tal libertad siempre y cuando sea coherente con los ideales de virtud propuestos por el Estado o la mayoría, es decir que en últimas no garantiza libertad alguna.

#### 3.4. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

De la justificación del derecho penal propuesta anteriormente, no sólo pueden derivarse los fines de tutela y prevención que debe perseguir el Derecho Penal, sino también los límites dentro de los cuales es justificada su intervención partiendo de un modelo garantista. En mi opinión la teoría que mejor se ajusta a tales requerimientos es la de Imputación Objetiva, particularmente la propuesta

por Claus Roxin. A continuación la expondré brevemente, tomando como base su obra "Derecho Penal, Parte General"<sup>113</sup> para posteriormente analizar si la prohibición del consumo de drogas tiene cabida en un Estado social de Derecho.

#### 3.4.1. Imputación Objetiva según Claus Roxin.

La propuesta de este autor parte de la necesidad de describir las circunstancias que convierten una causación en conducta típica. Según él, "un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto"<sup>114</sup>.

##### 3.4.1.1. Creación de un riesgo no permitido.

A continuación enunciaré las reglas que determinan cuando la creación de riesgos se considera permitida, sin embargo más adelante hablaré de su importancia dogmática.

- 'Exclusión de la Imputación en caso de disminución del riesgo'<sup>115</sup>. No puede castigarse una actuación cuando lo que hizo fue disminuir el peligro del bien jurídico, pues evidentemente no está creando riesgo alguno. Esto sucede por ejemplo cuando una persona tira a otra por la ventana para evitar que esta última sea alcanzada por un incendio.

Para que se aplique esta regla, es necesario que la actuación del 'disminuidor' introduzca un nuevo riesgo, que el riesgo inicial y el nuevo afecten bienes jurídicos

---

<sup>113</sup> ROXIN, Claus. La imputación al tipo objetivo. En: Derecho Penal: Parte General. 2º Edición. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 343-411.

<sup>114</sup> *Ibidem.*, p. 363.

<sup>115</sup> *Ibidem.*, p. 365.

del mismo titular y finalmente que el 'disminuidor' no tenga la obligación de desaparecer por completo el riesgo (como sucedería con un bombero en el ejemplo propuesto).

- 'Exclusión de la Imputación si falta la creación de peligro'<sup>116</sup>. No puede haber imputación cuando la actuación del agente, si bien no disminuye el riesgo de lesión del bien jurídico, tampoco lo aumenta de manera jurídicamente relevante. El riesgo se considera jurídicamente irrelevante cuando:

\* Al evaluar la conducta antes de producirse el resultado, aquella no representaba peligro alguno para un bien jurídico. Esto sucede por ejemplo cuando una persona A convence a otra B de tomar un crucero con la esperanza de que este se hunda y B muera; si esto efectivamente sucede, a A no podría imputársele la muerte de B, pues convencer a otro de tomar un crucero, difícilmente puede considerarse como la creación de un peligro relevante.

\* La conducta peligrosa es socialmente aceptada. Por ejemplo, no se le puede imputar al barman la muerte de alguien que fue atropellado por un cliente del bar que condujo en estado de embriaguez, aun cuando aquel supiera que este iba a manejar, pues el expendio de licor es una actividad socialmente aceptada.

- 'Creación de peligro y cursos causales hipotéticos'<sup>117</sup>. Eventualmente un curso causal hipotético puede excluir la imputación.

\* No sucede esto cuando el curso causal hipotético es que habría un autor sustitutivo en caso de fallar el agente. La importancia de esta situación está

---

<sup>116</sup> *Ibidem.*, p. 366.

<sup>117</sup> *Ibidem.*, p. 368.

determinada por la defensa de algunos criminales de guerra que se excusaban diciendo que de no haber realizado el delito (generalmente ejecuciones), habría otro dispuesto a hacerlo. En este caso el resultado se realiza por un peligro que creo exclusivamente el autor.

\* Por el contrario, cuando el autor modifica una causalidad natural, "sin empeorar la situación de la víctima en su conjunto"<sup>118</sup> sí se excluye la imputación. Esto sucede por ejemplo cuando B desvía la locomotora de A de la vía derecha hacia la izquierda, pues se dirige de frente hacia una locomotora, pero desafortunadamente por la vía izquierda también venía otra locomotora con la que A choca y muere. Para "la mera modificación de un suceso que emprendió su curso fatal con independencia del autor no parece, en una valoración social, una acción de matar autónoma"<sup>119</sup>.

\* Situación diferente es cuando alguien no sólo modifica la causalidad natural, sino que la sustituye por una acción autónoma. Esto sucedería si en el ejemplo anterior de las locomotoras, B decidiera dispararle a A antes del choque, caso en el que si le sería imputable la muerte de A a B.

La sustitución de una causalidad natural por una actuación humana, a diferencia de la mera modificación, aparece como acción lesiva autónoma; y el ordenamiento jurídico debería aferrarse al principio de que los daños a bienes jurídicos son punibles si no los ampara una causa de justificación expresa<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> *Ibidem.*, p. 369.

<sup>119</sup> *Ibidem.*

<sup>120</sup> *Ibidem.*, p. 370.

- 'Exclusión de imputación en los casos de riesgo permitido'<sup>121</sup>. No se puede imputar cuando el riesgo a pesar de ser jurídicamente relevante, está permitido. Esto sucede porque algunas acciones comunes en la vida diaria implican riesgos, por lo que no pueden dar origen a un delito, siempre y cuando se realicen dentro de las normas propias de tal actividad. Aquí se incluye el transporte público, los deportes extremos, las intervenciones quirúrgicas, etc.

#### 3.4.1.2. Realización de un riesgo no permitido.

Para poder establecer cuando se realiza el riesgo no permitido, en primer lugar debemos tener en cuenta que la observancia de las disposiciones normativas señala el punto hasta el cual un riesgo es permitido. Las reglas que según Roxin determinan cuando no se realizó son:

- 'Exclusión de imputación si falta la realización del peligro'<sup>122</sup>. Cuando no se materializa el peligro que creó el riesgo, pero se llega al resultado por una conexión causal con dicho peligro. Esto sucede cuando por ejemplo, con la intención de matar a alguien otro le dispara logrando tan sólo herirlo, sin embargo la víctima finalmente muere como consecuencia de un accidente de la ambulancia en que era transportado. En este caso no podría imputársele la muerte al agresor, pues el resultado se produjo independientemente del riesgo que creó al disparar.

En este punto debe aclararse que en algunos casos, si bien no se materializa exactamente el riesgo creado, "la acción de la tentativa ha aumentado el peligro causal subsiguiente de modo jurídicamente relevante y por tanto el resultado es una realización adecuada del peligro creado por la tentativa"<sup>123</sup>, como por ejemplo

---

<sup>121</sup> *Ibidem.*, p. 370.

<sup>122</sup> *Ibidem.*, p. 373.

<sup>123</sup> *Ibidem.*, p. 374.

cuando se trata de matar a alguien con un cuchillo, pero la muerte se produce es por la infección de las heridas, o cuando se empuja al agua a alguien que no sabe nadar y este se estrella contra una roca y muere.

- 'Exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido'<sup>124</sup>. Es necesario que en el resultado se realice el riesgo no permitido. Roxin trae el ejemplo de un director de una fábrica de pinceles que suministra a sus empleados pelos de cabra sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito; algunos empleados se infectan y mueren, pero posteriormente se demuestra que la desinfección habría sido infructuosa, pues éstos bacilos aún no eran conocidos. Si en este caso, al director "se le imputara el resultado, se le castigaría por la infracción de un deber, cuyo cumplimiento hubiera sido inútil"<sup>125</sup>.

También debe excluirse la imputación cuando la realización del riesgo no permitido no influye de manera concreta y relevante en el resultado. Esto puede ser porque no influya de manera alguna, como cuando en un sobrepaso prohibido se produce un accidente, pero no por la maniobra, sino por un problema mecánico como podría serlo el estallido de una llanta. O porque teniendo alguna influencia tal realización, el resultado es tan atípico que no puede considerarse como consecuencial, un ejemplo es que una persona sufre un infarto y muere como consecuencia de un accidente de tránsito producido imprudentemente por otro conductor.

- 'Exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado'<sup>126</sup>. Es decir cuando el daño producido no

---

<sup>124</sup> *Ibidem.*, p. 375.

<sup>125</sup> *Ibidem.*, p. 376.

<sup>126</sup> *Ibidem.*, p. 377.

es el que la norma trataba de evitar. Lo importante es tener en cuenta "que en la realización del riesgo no permitido se trata siempre del **fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido y no** del fin de protección del tipo penal"<sup>127</sup>.

Un ejemplo sería una persona que circula a 50 Km/h y atropella a otra en una zona escolar a las 2am; si bien conducía a una velocidad superior a la permitida en esas zonas, la norma busca proteger a los estudiantes en horas de estudio, no a cualquier persona en cualquier hora del día.

- Conducta alternativa conforme a Derecho y teoría del incremento del riesgo. Cuando a pesar de traspasar las fronteras del riesgo permitido, no se aumenta la probabilidad que existía de que ocurriera el resultado en observancia de las normas pertinentes no debería haber imputación. Por ejemplo, una persona maneja en estado de embriagada pero observando todas las demás normas de tránsito, al pasar sobre un charco de aceite pierde el control provocando un accidente fatal; si se demuestra que aun en estado de sobriedad el resultado habría sido idéntico, el resultado no debe imputársele al conductor.

Por el contrario, si fue una disminución en los reflejos del conductor lo que produjo el accidente y probable o posiblemente (así no sea seguramente) se habría evitado si el conductor estuviera sobrio, se entiende que el peligro se concretó en la realización del riesgo no permitido. Debe analizarse si la creación de un riesgo no permitido efectivamente incrementa el riesgo de la realización del peligro.

---

<sup>127</sup> *Ibidem.*, p. 378.



#### 3.4.1.3. El alcance del tipo.

Por último, debe tenerse en cuenta la finalidad de protección del tipo penal. Partiendo de un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado, ahora se necesita que las acciones queden cubiertas por el alcance (finalidad) de la prohibición, pues excepcionalmente pueden hacer desaparecer la imputación. A continuación menciono los casos en los que este requisito se entiende como no cumplido.

- Autopuesta en peligro. Cuando conscientemente la misma víctima se pone en un peligro que se materializa, no se le puede imputar el resultado a quien haya favorecido o aconsejado la autopuesta en peligro. Nótese que acá la propia víctima tiene el dominio del hecho. Un ejemplo es que A reta a B a saltar del techo de un edificio a otro, B lo intenta sin lograrlo y muere por la caída, este resultado no puede imputársele a A, pues B era consciente del riesgo que implicaba tal acción. Por la misma razón, no podría imputársele una muerte producida por una sobredosis al proveedor de la droga, siempre y cuando el consumidor conociera bien los riesgos que su consumo implicaba.

Es posible que una autopuesta en peligro consciente y responsable llegue a ser punible por afectar la vida o integridad personal, en tal caso, es necesario que el peligro real exceda el riesgo asumido. En el primer caso propuesto esto podría suceder si por ejemplo B le asegura a A que de no lograr el salto igual hay un colchón abajo para amortiguar el impacto, siendo esto falso, o que A estuviera evidentemente disminuído intelectivamente.

- Consentimiento en una autopuesta en peligro. Alguien no se arriesga por sí mismo como en el caso anterior, sino que se hace poner en peligro por otra persona, siendo consciente de los riesgos que la acción implica. Como puede

apreciarse, el dominio del hecho esta vez no está en manos de la víctima. Por ejemplo una persona consiente tener relaciones sin protección con alguien que es portador del VIH y termina siendo infectado; al transmisor no podría imputársele la propagación del Virus, pues el infectado conscientemente aceptó correr el riesgo de infección. Lo mismo sucede cuando alguien se hace inyectar heroína por otro y termina muriendo por sobredosis, pues el afectado está corriendo el riesgo que tal acción implica.

- 'Atribución a la esfera de responsabilidad ajena'. Cuando a pesar de que se ha creado un riesgo desaprobado, éste se traslada a un ámbito de responsabilidad ajeno. Por ejemplo una persona sufre un percance mecánico, pero no hace uso de la señalización necesaria (triángulos reflectivos, luces de parqueo, linterna, ramas, etc.), después una patrulla de policía se acerca para ayudar, sin percatarse de la falta de señalización, finalmente se produce un accidente. Aun cuando la persona varada creó un riesgo al no usar los implementos necesarios en esas circunstancias, cuando se acercó la policía se entiende que ésta tomó el control de la situación y por tanto es la que ha debido señalar de alguna forma el incidente.

- Cuando se trata de daños a un tercero causados por un 'shock' derivado de la muerte o lesión grave de alguien querido. Por ejemplo A sufre un infarto mortal al saber de la agresión contra un hijo; no puede imputársele al agresor de su hijo, la muerte de A.

- Daños posteriores sobrevinientes que son consecuencia del primer hecho (que si es imputable) cuando ha habido solución de continuidad. Esto sucede cuando por ejemplo A le dispara a B haciéndolo perder una de sus piernas, años más tarde B se cae y muere, tal muerte no puede serle achacada a A. Esta situación es diferente a si B muere en el hospital como consecuencia de una hemorragia

causada por el disparo, pues al no haber solución de continuidad podría imputársele la muerte de B a A.

#### 3.4.2. El Bien Jurídico en la teoría de Roxin.

El punto de partida para elaborar este concepto ha sido el principio básico de la Teoría del Estado según el cual, "el poder estatal de intervención y la libertad civil deben ser llevados a un equilibrio, de modo que garantice al individuo tanta protección cuanto sea necesaria, así como también tanta libertad individual como sea posible"<sup>128</sup>.

Roxin señala que esta ponderación se da en dos niveles o fases:

- En la 'fase legislativa', que es cuando el legislador decide cuáles conductas deben ser punibles, encontramos la necesidad de protección de Bienes Jurídicos como una limitación a esta actividad, es decir que no puede crearse un delito que no proteja Bienes Jurídicos. De esta manera, se preserva intacta la libertad de actuación del ciudadano.
  
- En la 'fase dogmática', el aplicador del derecho no debe ofrecer una protección ilimitada de los bienes jurídicos, sino que los debe proteger solamente frente a riesgos no permitidos, de los cuáles ya hemos hablado.

---

<sup>128</sup> ROXIN, Claus. Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática jurídico penal. En: Derecho Penal y Sociedad. Traducido por Jorge Fernando Perdomo Torres. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 129.

Al abordar este concepto, la primera dificultad que se presenta es definirlo, para tal efecto acudo una vez más a Roxin<sup>129</sup>, para quien los Bienes jurídicos son

Circunstancias reales dadas o finalidades necesarias para una vida segura y libre, que garantice todos los derechos humanos y civiles de cada uno en la sociedad o para el funcionamiento de un sistema estatal que se basa en estos objetivos. La diferenciación entre realidades y finalidades indica aquí que los BJ's no necesariamente le son fijados al legislador con anterioridad, como es el caso por ejemplo de la vida humana, sino que ellos también pueden ser creados por él, como es el caso de las pretensiones en el interior del derecho tributario.

Como ya lo había anticipado, este es un concepto crítico con la legislación pues limita la actividad del legislador a las 'fronteras de una punición legítima'. En esta medida difiere del llamado concepto metódico que simplemente se limita a equiparar el Bien Jurídico a la ratio legis, por lo que en últimas no aporta nada sustancialmente diferente a lo que aporta la interpretación teleológica.

#### 3.4.2.1. Límites que traza este concepto al legislador<sup>130</sup>.

- El primer límite trazado es la inadmisibilidad de las prohibiciones que estén únicamente motivadas ideológicamente o que atenten contra los derechos fundamentales y humanos. Este límite se encuentra garantizado en nuestra Constitución Política en el capítulo 1 del título II (arts. 11-41).
- El simple hecho de transcribir el objeto de la ley no fundamenta el bien jurídico. Es necesario que se altere efectivamente la coexistencia libre y pacífica de los

---

<sup>129</sup> ROXIN, Claus. La protección de Bienes Jurídicos como misión del derecho penal. En: Derecho Penal y Sociedad. Traducido por Jorge Fernando Perdomo Torres. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 69.

<sup>130</sup> Ibid., p. 70 – 74.

hombres y que la sanción penal sea la única forma de solucionar esta circunstancia.

- Como ha sido reiterado a lo largo de este trabajo, una acción que no implique más que un atentado contra la moral, no puede ser prohibida jurídico penalmente por ese simple hecho.

- El atentado contra la propia dignidad humana no es por sí mismo una lesión del bien jurídico. La razón de ser de este límite es que la manipulación genética era considerada per se un atentado contra la dignidad humana. Roxin entendía que estos procedimientos en algunos casos pueden ayudar al desarrollo de la vida (como por ejemplo para impedir enfermedades hereditarias).

- El único sentimiento que puede proteger un bien jurídico es el de sentirse amenazado. Al vivir en una sociedad globalizada, multicultural y diversa, todos debemos tolerar las concepciones de los otros así sean contrarias a las nuestras e incluso nos parezcan ofensivas.

Existen circunstancias o actuaciones que pueden ser desagradables para otros, pero si se no afectan de manera alguna la libertad y la seguridad de la vida en comunidad, la punición debe considerarse como una reacción desmesurada.

- La autolesión consciente, su posibilitación o fomento no pueden ser castigadas. Esto sucede porque los Bienes Jurídicos se protegen de ataques provenientes de los demás, no de nosotros mismos. En esta medida, deben respetarse voluntades conscientes de auto infringirse un daño como en la eutanasia o la ayuda al suicidio. Roxin menciona dos ejemplos concretamente, uno es la práctica de deportes de riesgo con la conciencia de los peligros y el consentimiento válido y

otro es la adquisición de pequeñas cantidades de drogas ligeras para el uso personal.

- Deben prohibirse las leyes penales simbólicas que no buscan la protección de bienes jurídicos. Es decir aquellas normas que buscan fines que escapan al ámbito de acción del Derecho Penal. En Alemania existe el ejemplo de restar importancia a los crímenes nazis, algo que en últimas no afecta la vida en comunidad de los hombres que viven hoy en día; parece ser que mediante esta norma se busca mostrar que ese país no oculta ni olvida dichos sucesos, un fin que se encuentra por fuera del ámbito de acción del Derecho Penal.

- Regular tabúes tampoco es misión del derecho penal. El ejemplo más prominente sería la penalización del incesto. Por tratarse de la vida privada de las personas, el Estado no tiene derecho alguno a inmiscuirse, ni siquiera parece suficiente el argumento de evitar malformaciones de la prole, teniendo en cuenta primero que tener relaciones no necesariamente implica tener hijos y segundo que de haber hijos éstos no necesariamente sufrirán anomalías.

Como puede observarse, la penalización del consumo de 'drogas' puede exceder más de uno de los límites propuestos anteriormente, tema del que hablaremos más adelante.

Antes de proseguir, debo aclarar que la protección de bienes jurídicos no es una función exclusiva del derecho penal, es una tarea de todo el ordenamiento. Por tal razón, la sanción penal siendo la reacción más violenta por parte del Estado, debe reservarse a los casos en que otros mecanismos menos agresivos sean ineficientes para alcanzar los mismos fines. Así la subsidiariedad ocupa un lugar jerárquicamente equiparable a la protección de bienes jurídicos, como criterio para legitimar un tipo penal, haciendo que el Derecho Penal no deba ni proteger todos

los bienes jurídicos, ni proteger de cualquier ataque a los que sí tutela. De aquí se concluye que el legislador no está obligado a castigar penalmente todas las lesiones de Bienes Jurídicos.

Ahora bien, la cuestión sería si una disposición que no corresponda a los criterios anteriormente señalados podría considerarse nula. Para Roxin esto es afirmativo<sup>131</sup>, pues en éstos casos las prohibiciones contrariarían el fin que debe ser perseguido por el Estado. En teoría esto puede afirmarse sin ningún problema, pero en la práctica no es tan sencillo, pues de realizarse tal conducta (prohibida sin suficiente fundamento) la condena será inevitable, pues los jueces en sus providencias solamente están sometidos al imperio de la Ley.

Por este motivo, la protección de bienes jurídicos, la subsidiariedad y la imputación objetiva se convierten en componentes irrenunciables a la hora de determinar lo que debe prohibirse.

#### 3.4.2.2. La derivación del Bien Jurídico de la Constitución.

A pesar de lo anterior, sí existe una forma en que el bien jurídico se vuelva vinculante político-criminalmente. Partiendo de la estructura jerárquica de las normas (pirámide de Kelsen), es posible que este concepto vincule a los jueces si se logra ubicar en el esquema piramidal.

Así surge la idea de derivar los bienes jurídicos de la Constitución, por ser este el lugar en donde se plasman los fines que deben ser perseguidos por el ejercicio del poder estatal. En nuestro país, esto equivaldría en la práctica a interponer una

---

<sup>131</sup> Cfr. ROXIN ROXIN, Claus. El concepto material de delito. La pena como protección subsidiaria de bienes jurídicos y su delimitación de sanciones similares a las penales. En: Derecho Penal: Parte General. 2º Edición. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 63.

demanda de inexecutableidad contra una prohibición que al no tener relación con los fines estatales, en última atenta contra la Constitución misma y por tanto debe eliminarse del ordenamiento. A pesar de haber alcanzado un éxito parcial, esto fue lo sucedido en Mayo de 1994, cuando por demanda Alexandre Sochandamandou el literal j) del artículo 2o. y el artículo 51 de la ley 30 de 1986 fueron declarados inexecutableos.

Según Roxin<sup>132</sup>, de esta construcción constitucional del Bien Jurídico se derivan las siguientes tesis:

- Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos, pues violan la libertad del individuo en un Estado liberal y no ayudan en manera alguna a la capacidad funcional de un sistema social basado en tales principios.
- Finalidades puramente ideológicas no protegen Bienes Jurídicos, ya que también contrarían las libertades individuales
- Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos. Por el contrario, al sancionar meras inmoralidades lo que se hace es crear "conflictos innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas"<sup>133</sup>. Esto no implica que no puedan protegerse sentimientos, pues con la indignación que produce en el afectado o en la comunidad, perturba la paz pública, algo necesario en el Estado Social de Derecho. Lo contrario sucede con las inmoralidades realizadas de común acuerdo y entre adultos.

---

<sup>132</sup> Ibidem., p. 55-57.

<sup>133</sup> Ibidem., p. 57.



- Del concepto de BJ no se desprende nada sustancialmente diferente a los cometidos del estado y los derechos fundamentales, su utilidad radica en obligar a que todo precepto penal sea analizado bajo la luz de los preceptos constitucionales.

- Las contravenciones también lesionan bienes jurídicos. El criterio de si una acción lesiona bienes jurídicos preexistentes o solamente infringe normas creadas por el Estado, es insuficiente para delimitar los delitos de las contravenciones, pues éstas últimas, pueden implicar algún tipo de afectación a los Bienes Jurídicos debido a su incidencia tanto en los individuos como en la colectividad en general.

#### 3.4.2.3. La mutabilidad del concepto de Bien Jurídico.

A pesar de que el concepto de BJ anteriormente presentado es normativo, esto no quiere decir que tiene una validez natural infinita. Las finalidades constitucionales no deben considerarse estáticas y por el contrario deben estar abiertas al cambio social y a los progresos del conocimiento científico propios de la evolución histórica, haciendo que los Bienes Jurídicos dignos de protección subsidiaria varíen en el tiempo.

Por esta razón, la definición de Bien Jurídico propuesta por Roxin, no proporciona conclusiones ya acabadas. Este, responde más bien a un 'criterio de enjuiciamiento' que debe desarrollarse y ser consultado obligatoriamente cada vez que se vaya a crear o interpretar cada precepto en concreto.

#### 3.4.2.4. El alcance de la protección de Bienes Jurídicos.

Es necesario señalar también, que al Derecho Penal no le interesa solamente la lesión de bienes jurídicos, también protege la puesta en peligro de los mismos. Esto se materializa en tres tipos de delitos: los delitos de peligro y la tentativa,

casos en los cuáles la lesión no es efectiva, pero la amenaza al bien jurídico es real.

#### 3.4.2.5. El Bien Jurídico de Salud Pública.

Ya que los delitos relacionados con 'estupefacientes' se ubican en el capítulo II del título XIII del Código Penal, puede entenderse que su fundamento es la protección de la Salud Pública. Ahora bien, como el objetivo es analizar esta prohibición a la luz de la teoría de la imputación objetiva, es imprescindible entender en qué consiste este bien jurídico.

Para tal fin, me remito a la definición que 1920 propuso Charles-Edward Amory Winslow, dando origen a la concepción de Salud Pública vigente hoy en día:

La ciencia y el arte de prevenir las enfermedades, prolongar la vida y fomentar la salud y la eficiencia física y mental, mediante esfuerzos organizados de la comunidad para sanear el medio ambiente, controlar las infecciones de la comunidad y educar al individuo en cuanto a los principios de la higiene personal; organizar servicios médicos y de enfermería para el diagnóstico precoz y el tratamiento preventivo de las enfermedades, así como desarrollar la maquinaria social que le asegure a cada individuo de la comunidad un nivel de vida adecuado para el mantenimiento de la salud.

Es indiscutible que para el bienestar del individuo la salud es esencial, por lo que éste Bien Jurídico es digno merecedor de protección estatal. De otra parte, tampoco hay dudas sobre los daños a la salud que produce el consumo de 'drogas'. De éstas dos premisas extraemos la necesidad de que el Estado controle el consumo de psicoactivos para proteger la 'Salud Pública'. La cuestión está en definir si el mecanismo adecuado es el derecho penal.

### 3.4.3. Consumo de Drogas frente a la Imputación Objetiva.

Como ya se explicó, para que haya imputación objetiva se requiere crear un peligro para el bien jurídico que no esté cubierto por un riesgo permitido y que ese peligro se materialice en el resultado concreto.

Teniendo esto en cuenta, el primer paso consiste en analizar si la conducta efectivamente crea un peligro para el bien jurídico. Como se dijo en el anterior aparte, la salud pública se trata del derecho a la salud no de la persona considerada individualmente sino de la comunidad en general.

Este concepto de salud pública es claramente compatible con las prohibiciones establecidas en el Capítulo II ('las afectaciones a la salud pública') del Título XIII ('delitos contra la salud pública') del Código Penal (Ley 599 de 2000): violación de medidas sanitarias (art. 368); propagación de epidemia (art. 369); propagación del VIH o de la Hepatitis B (art. 370); contaminación de aguas (art. 371); corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico (art. 372); imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias (art. 373); Fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la Salud (sin permiso) (art. 374).

Como puede observarse, en algunos casos las víctimas sufren detrimentos en su salud sin desearlo (arts. 369, 370, 371) y en los restantes se busca evitar un daño a la salud, pero no prohibiendo la actividad como tal, sino sancionando a quien incumpla las regulaciones que se han estatuido para garantizar el origen y la calidad de un producto (arts. 368, 372, 373, 374); sin embargo, en todos los casos las conductas tienen la potencialidad de afectar la salud de un grupo de personas que no desean soportar ese daño<sup>134</sup>.

---

<sup>134</sup> Al observar el Código Penal, llaman la atención dos situaciones al margen de la imputación objetiva. Por un lado, no hay penas previstas para ninguna otra forma de autolesión, ni siquiera

Como ya se dijo, el consumo de drogas puede afectar la salud de una importante parte de la población también, la diferencia es que en el consumo alguien voluntariamente ingiere una sustancia que le hace daño sólo a él mismo, e inclusive quienes trafican dichas sustancias no dañan a la comunidad en general, sino sólo a quien se quiere hacer daño, situación que como ya se dijo puede ubicarse bajo la exclusión de imputación por consentimiento en una autopuesta en peligro.

Según estas consideraciones, el criterio de subsidiariedad falla, pues otras actividades recreativas que también implican riesgos, como fumar, beber o practicar deportes extremos (el riesgo de morir por consumo de 'drogas' es igual al de morir practicando alpinismo), se han logrado manejar de tal forma que se protege la Salud Pública, se garantiza la libertad individual y todo sin necesidad de apelar a la amenaza penal, salvo en los casos en que se violen las regulaciones que buscan garantizar el origen y la calidad del producto. También puede decirse que estas prohibiciones exceden algunos de los límites ya enunciados que el concepto de bien jurídico le traza al legislador:

- No puede haber prohibiciones motivadas ideológicamente o que atenten contra derechos fundamentales. Como se ha explicado a lo largo de este trabajo, que el Estado decida cuáles son las formas en que una persona puede tratar su propio cuerpo (siempre y cuando no afecte a los demás) atenta contra el libre desarrollo de la personalidad.

---

para la tentativa de suicidio que es el mayor ataque posible a la salud propia. Y por otro, es curioso que se considere más perjudicial para la Salud Pública destinar un inmueble a actividades relacionadas con el narcotráfico (pena de 6 a 12 años) que contaminar una fuente de agua (pena de 1 a 5 años) o corromper un producto médico (pena de 2 a 8 años).

Esto también se relaciona con el concepto de Estado Social de Derecho trabajado, en donde el cuidado del cuerpo depende de la voluntad del individuo, y si bien el Estado debe poner a disposición del ciudadano todos los mecanismos posibles para que la persona goce de buena salud, esto no significa que debe obligarlo a ser saludable. Si fuera de esta última forma, deberían establecerse dosis personales de morcilla, chicharrón, chocolates, café, hamburguesas, cigarrillos, licores y en general de todas las sustancias, pues no es un secreto que cualquier exceso es perjudicial para la salud.

- Transcribir el objeto no fundamenta la violación al bien jurídico, pues es necesario que se altere la coexistencia libre y pacífica, situación que como ya se dijo no ocurre cuando una persona realiza una acción que no excede de su esfera privada.
- No se puede prohibir algo que sólo atente contra la moral, pues las inmoralidades no lesionan bienes jurídicos siempre y cuando se realicen de común acuerdo entre adultos conscientes de sus acciones y no se exceda el ámbito de privacidad. Como se ha expuesto un vicio como el consumo de drogas, la pornografía o el consumo de alcohol responde más a una inmoralidad que a un delito.
- La autolesión consciente, su posibilitación o fomento no pueden ser castigadas. Esta limitación se encuentra íntimamente ligada con la exclusión de imputación, cuando hay cooperación en una autopuesta en peligro o aceptación de una autopuesta en peligro por parte de otro.

Si al consentir en la creación de un riesgo sobre mis bienes jurídicos, se excluye la imputación al agente que efectivamente está creando el riesgo, con mayor razón debe ser impune que en lugar de un tercero, sea yo mismo quien crea ese riesgo.

Para finalizar, me referiré a lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias C-689/02 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y C-420/02 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), en donde se resolvieron sendas demandas interpuestas por Pedro Augusto Nieto Góngora contra los artículos 375, 376, 377, 378, 379, 380, 382 y 385 del Código Penal (Ley 599 de 2000); y 32 – 37 de la Ley 30 de 1986 más el artículo 6 del Decreto 1856 de 1989, respectivamente. En ambas sentencias dice la Corte:

Inicialmente la tipificación del tráfico de estupefacientes se ligó a la necesidad de proteger un bien jurídico en particular, la salud pública, postura esta que resultaba compatible con el deber que el constituyente impuso a toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunicad -Artículo 49, inciso final, de la Carta-

(...)

Pero luego ese ámbito de protección se amplió al punto que hoy ya no se trata sólo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública sino también la seguridad pública y el orden económico y social. Lo primero, porque la alta rentabilidad del narcotráfico ha permitido que se convierta en la alternativa de financiación de grupos de delincuencia organizada, armados y jerarquizados que desvirtúan la premisa del monopolio estatal de la fuerza como presupuesto de convivencia. Y lo segundo, porque en el tráfico de estupefacientes confluye cada vez más un desmedido ánimo de lucro, dispuesto a vencer todas las barreras, capaz de poner en circulación inmensos capitales y de generar inconmensurables riquezas que alteran dramáticamente las fuerzas económicas de los países afectados por ella.

De allí que en el narcotráfico no sólo se advierta menoscabo de bienes jurídicos que remiten a derechos ajenos, sino que confluyan también, de un lado, una indiferencia total por el daño causado a los titulares de tales

derechos y, por otro, una capacidad corruptora que ha permitido incluso el cuestionamiento de los ámbitos de poder político interferidos por ella<sup>135</sup>.

En conclusión, la Corte Constitucional considera que los delitos de narcotráfico en sí mismos atentan también contra los bienes jurídicos de seguridad pública y orden económico y social, por los delitos que generalmente se encuentran conexos a las empresas criminales cuyo financiamiento generalmente proviene del narcotráfico. Olvida la Corte que esas actividades conexas se encuentran tipificadas en sus respectivos Títulos (XII contra la seguridad pública y X contra el orden económico y social) y que tal asimilación lleva a considerar que un dealer de 'olla' cuya única infracción sea el porte por encima de lo permitido se le considera también como violador de la seguridad pública y del orden económico y social, algo que en mi opinión es insostenible, pues equivaldría a decir que quien se encuentre culpable de porte ilegal de armas (art. 365 del Código Penal) necesariamente está violando también el derecho a la vida, debido a la evidente conexión entre este delito y el homicidio (art. 103 del Código Penal). La relación entre el tráfico o porte de estupefacientes y las actividades que atentan contra la seguridad pública y el orden económico y social, no es necesaria ni absoluta, esta afirmación responde una vez más a la generalización del peor escenario posible cuando se habla de drogas.

---

<sup>135</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena (MP: Jaime Córdoba Triviño). Sentencia C-420 (28, Mayo, 2002). Por medio de la cual se resuelve la exequibilidad de los artículos 32 a 37 de la Ley 30 de 1986 y el artículo 6 del Decreto 1856 de 1989. Bogotá D.C., 2002. Concepto reiterado en la Sentencia C-689 (28, Mayo, 2002) (M.P. Álvaro Tafur Galvis). Por medio de la cual se resuelve la exequibilidad de los artículos 375, 376, 377, 378, 379, 380, 382 y 385 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). Bogotá D.C., 2002.

Tras el anterior análisis, se llega a la conclusión de que el consumo de si bien el consumo de drogas merece especial atención por parte del Estado, la intervención del Derecho Penal no se encuentra plenamente justificada. Como dijo Sasz: "los vicios son los actos por los que un hombre se daña a sí mismo o a su propiedad, mientras que los delitos son actos que dañan a las personas o a su sociedad (...) Nadie practica un vicio con intención criminal. Practica su vicio únicamente para su propio deleite, y no por mala voluntad hacia otros"<sup>136</sup>.

---

<sup>136</sup> SASZ. Nuestro derecho a las drogas. Op. cit., p. 67. Citado por SALAZAR. Op. cit., p. 33.



## CONCLUSIONES

Colombia es uno de los países abanderados a nivel mundial en la lucha contra el narcotráfico, sin embargo el balance de la guerra que hemos venido librando durante las últimas décadas dista mucho de ser positivo. Crecen la corrupción, las cifras de consumidores, las ganancias obtenidas por los narcotraficantes y los costos económicos y humanos inherentes a la guerra.

Además, un modelo de Salud Pública no puede justificar una política guerrerista que invierte en represión pero no en prevención y que genera más efectos negativos de los que pretende combatir, pues como lo dijimos en el anterior capítulo la mayoría de muertes relacionadas con el consumo se deben a la falta de atención médica y de control de calidad; las fumigaciones son sospechosas de causar defectos de nacimiento, cáncer y malformaciones genéticas; y finalmente la guerra como tal genera más muertes y lesiones personales que la 'droga' misma.

Parece ser más coherente, como lo señaló la Comisión Latinoamericana de Drogas y Derechos, buscar disminuir los efectos negativos de los estupefacientes y el narcotráfico antes que disminuir el número de consumidores. Bajo esta premisa han sido elaboradas las regulaciones del alcohol, que tienden a proteger a la sociedad de algunos de sus posibles efectos nocivos, pero no a proteger a las personas de las implicaciones sanitarias de su adicción. En otras palabras, nadie puede ser obligado a no tomarse un trago más (así se encuentre en peligro de muerte), pero si se puede obligar a que no haya conductores en estado de ebriedad o bebedores en el espacio público. De esta forma se ponderan el bienestar general de la comunidad con las libertades personales.

Así las cosas, lo más conveniente parece ser analizar los posibles beneficios de unas 'drogas' y la forma en que otras deben ser usadas para disminuir sus posibles efectos negativos. Sin embargo, como se analizó en el primer capítulo la concepción dominante es que se trata de un enemigo intrínsecamente peligroso que debe ser exterminado a como dé lugar.

Como he reiterado a lo largo de este trabajo, esto se debe principalmente a que se generalizan los peores escenarios posibles, que si bien son una realidad, no corresponden a la generalidad del consumo. Existe una diferencia esencial entre el hábito y la adicción, que consiste en la capacidad de obedecerse a sí mismo (y no a la sustancia) y de asumir responsablemente los riesgos que tal decisión implica.

Aquella generalización es la que nos ha llevado a que narcótico y estupefaciente (que viene de estupefacto) sean sustancias malignas, no un inductor al sueño y un anestésico respectivamente; a que las sustancias psicoactivas sean tóxicas en sí mismas, olvidando que no se puede hablar de toxicidad en abstracto, pues esta varía dependiendo de la sustancia en particular y del grado de tolerancia por parte del cuerpo que la recibe; a que el consumo (independientemente de si se trata de hábito o adicción) sea una psicopatía diagnosticable, que debe tratarse aún contra la voluntad del enfermo; y finalmente, a que sea preferible invertir en guerra que en prevención, salud y educación.

Por esta razón es imprescindible un cambio de enfoque que además de reducir daños (como lo sugiere la Comisión Latinoamericana de Drogas y Derechos) se ajuste mejor al modelo de Estado en el que vivimos, a los postulados liberales, al respeto por el individuo y a la verdadera función que le corresponde al Derecho

Penal en una sociedad como la nuestra. De esta forma, la despenalización se erige como el camino más adecuado.

Para algunos el camino de la legalización es una actitud 'facilista', pero en verdad supone mayores retos para el Estado y la ciudadanía que cuando se deja toda la problemática en manos del Derecho Penal exclusivamente, sin atender siquiera las diferencias que implican el consumo de una u otra sustancia por parte de una u otra persona. Esta posición se debe en primer lugar a que se confunde despenalización con desregulación y en segundo porque implica la rendición en una guerra que ha concentrado esfuerzos estatales e internacionales durante más de un cuarto de siglo.

Es necesario aclarar que la despenalización no es una solución inmediata, pero permite tener una visión del problema libre de perjuicios morales e ideales de virtud; por sí sola no arregla nada, pues implica la necesidad de buscar herramientas jurídicas alternativas que le permitan al Estado manejar esta problemática, ya que de todas formas existen implicaciones para la Salud Pública; y finalmente, no puede ser una decisión unilateral de Colombia, a pesar de que somos uno de los países más afectados.

Por esto, es necesario llegar a la despenalización no de un salto, sino a través de un proceso. Lo primero que debe hacerse es tener voz propia a nivel internacional, al recibir algunas de las peores consecuencias de esta guerra, tenemos 'suficiente autoridad moral' para sentar nuestra posición sin importar que no coincida con la de las grandes potencias.

El siguiente paso sería adelantar investigaciones que permitan establecer las diferencias farmacológicas entre las diferentes sustancias; los posibles usos

medicinales que pueden dárseles; y la forma en que deben usarse para disminuir al máximo los riesgos que implica el consumo.

Sin embargo, prescindiendo de este paso, pueden implementarse dos sugerencias de la Comisión Latinoamericana de Drogas y Derechos. En primer lugar, la admisión de usos culturales de la hoja de coca, que requiere de la elaboración de controles que permitan asegurar tal uso y de la modificación de los Tratados correspondientes. En segundo, la despenalización del cultivo de marihuana para consumo personal, pues su nivel de toxicidad parece ser teórico, por lo que su uso no implica mayores riesgos que los derivados del consumo de drogas legales. Adicionalmente deberían detenerse las fumigaciones con glifosato, pues como se explicó genera daños que no pueden ser justificados por la erradicación de cultivos ilícitos; también deben elaborarse opciones rentables de sustitución de cultivos, que le permitan al campesino obtener suficientes dividendos como para vivir dignamente.

Contando con datos científicos serios sobre cada sustancia se puede regular la forma de acceder a ellas. La forma más indicada parece ser la prescripción médica, pues requiere previa valoración y permite controlar la cantidad que será adquirida, además evita la creación de un mercado activo de drogas. Sin embargo, con sustancias de bajo nivel tóxico, pueden implementarse medidas similares a las que regulan las condiciones de elaboración, almacenamiento y distribución de las drogas legales.

Todo lo anterior debe acompañarse de inversiones en campañas preventivas y centros de rehabilitación para quienes deseen recuperarse de su adicción. El dinero puede provenir de impuestos a estas sustancias.

De esta forma, considero que habrá una ponderación entre las libertades del individuo y el bienestar general de la comunidad, tal y como debe suceder en un Estado Social de Derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBANO, Sergio. Cultura Cannabis ¿Delito o derecho? 1º Edición. Buenos Aires: Editorial Quadrata, 2007. 123 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena (MP: Dr. Carlos Gaviria Díaz). Sentencia C-221 (5, mayo, 1994). Por medio de la cual se resuelva la exequibilidad del literal j) del artículo 2o. y del artículo 51 de la ley 30 de 1986. Bogotá D.C., 1994.

COMISIÓN LATINOAMERICANA SOBRE DROGAS Y DEMOCRACIA. Drogas y Democracia: Hacia un cambio de paradigma. 2009. p. 42.

CÓRDOBA ESCAMILLA, Juan Camilo. Por qué decir no a la penalización de la dosis mínima de estupefacientes. En: Estudios Penales. Libro homenaje a Bernardo Gaitán Mahecha. Bogotá: Legis, 2005. p. 611-631.

ESCOHOTADO, Antonio. Aprendiendo de las drogas usos y abusos, prejuicios y desafíos". 7º Edición. Barcelona: Editorial Anagrama, 1998. 247 p.

FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos del Derecho Penal. En: Derecho y Razón teoría del garantismo penal. 4º Edición. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 209-246.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La droga: Posibilidades y Límites del Derecho Penal. En: Estudios de Derecho Penal. 2º Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2000. p. 47-50.

HUSAK, Douglas. Drogas y Derechos. Traducido por Gustavo de Greiff. 1º Edición. México D. F.: Fondo de cultura económica, 2001. 350 p.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. La imputación objetiva en la obra de Claus Roxin. En: Introducción a la Imputación Objetiva. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 64-85.

OLMO, Rosa del. La cara oculta de la droga. 1º Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1998. 88 p.

ROXIN, Claus. El concepto material de delito. La pena como protección subsidiaria de bienes jurídicos y su delimitación de sanciones similares a las penales. En: Derecho Penal: Parte General. 2º Edición. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 49-77.

----- . La imputación al Tipo Objetivo. En: Derecho Penal: Parte General. 2º Edición. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 342-411.

----- . Sentido y límites de la pena estatal. En: Problemas básicos del Derecho Penal. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Editorial Reux, 1976. p. 11-36.

----- . La protección de Bienes Jurídicos como misión del derecho penal. En: Derecho Penal y Sociedad. Traducido por Jorge Fernando Perdomo Torres. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 65-81.

----- . Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática jurídico penal. En: Derecho Penal y Sociedad. Traducido por Jorge

Fernando Perdomo Torres. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 129-143.

SERRES, Michel, *et al.* ¿Legalizar la droga? -Seis escritos sobre el tema-. 1º Edición. Medellín: Editorial Corporación Región, 1994.