

**MONOGRAFIA:**

**LA DROGADICCIÓN, ENFERMEDAD O DELITO, CARGA DE LA PRUEBA EN LOS  
DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO**

**AUTOR:**

**CARLOS ANDRÉS ARCILA QUINTERO**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TITULO DE ABOGADO**

**UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MEDELLIN**

**2017**

*“En un Estado de derecho a nadie se le puede privar de su libertad*

*porque se fume un pucho de marihuana”*

*Carlos Gaviria Díaz*

## INDICE

1. Capítulo I: La Drogadicción: Enfermedad En Teoría y Delito En La Práctica	
1.1. Resumen .....	4
1.2. Introducción .....	5
1.3. Planteamiento del problema .....	8
1.4. Justificación.....	9
1.5. Objetivos .....	11
1.6. Descripción.....	12
1.7. Marco Teórico.....	13
1.8. Marco Jurídico.....	17
1.9.	
2. Capitulo II: La Drogadicción Una Enfermedad Tipificada En El Código Penal.	
2.1 Corresponde probar a la fiscalía la antijuridicidad del delito de porte de estupefacientes .....	25
2.2 Conclusiones .....	31
2.3 Bibliografía .....	32

## **Capítulo I**

### **La Drogadicción: Enfermedad En Teoría y Delito En La Práctica**

“La Penalización De La Dosis Personal Es La Forma De Castigar A Una Persona Que Padece Una Enfermedad”

#### **Resumen**

La dosis personal se ha entendido como el límite de porte o tenencia máximo permitido para el consumo de drogas ilícitas impuesto por el legislador, frente a una enfermedad: la drogadicción, que consiste en una dependencia severa o leve respecto de una sustancia que afecta el sistema nervioso, emociones y vincula aspectos de salud física y mental o psíquica, en detrimento de las condiciones sociales y familiares no solo de adictos, sino también de quienes los rodean y los acompañan en función de sentimientos de paternidad, fraternidad y afecto.

En reciente jurisprudencia el tema fue estudiado por la Corte Constitucional al igual que por la Corte Suprema de Justicia y hoy en día se puede decir que para determinar la dosis mínima se debe tener como postulado central lo siguiente: “un criterio razonable, a fin de establecer la dosis autorizada es el de la necesidad de la persona, monto que resulta compatible con la política

criminal de carácter preventivo y rehabilitador, acorde con la protección de la salud de la persona”.

Partiendo de la jurisprudencia actual, se desarrollará la presente investigación teniendo en cuenta que, si bien en teoría la ley y la jurisprudencia le dan el tratamiento de enfermedad a la problemática en escena y en consecuencia se pone morigerada y de alguna manera se subjetiviza el tema de la dosis personal, en la práctica la ambigüedad que admite la situación y la discrecionalidad con que los servidores públicos intervinientes en el proceso penal cuentan (policía de vigilancia, policía judicial, fiscales y jueces), ponen en riesgo varios derechos fundamentales en torno a la aplicación del ius puniendi, en el caso concreto del artículo 376 del Código Penal Colombiano ley 599 de 2000, correspondiente al tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, dicotomía que termina vinculándonos en definitiva con el problema nunca resuelto del derecho en el papel versus el derecho en la práctica.

**Palabras Claves:** Enfermedad, penalización, despenalización, drogas, estupefacientes, drogadicción, escala de consumo, subjetivización de la dosis personal.

## **Introducción**

Bastante se ha debatido en Colombia acerca del tema de las drogas ilícitas y todos los temas que se relacionan con esta problemática, pues configura este asunto un punto crucial en materia económica, política, social, entre otros campos, permitiendonos vislumbrar lo fundamental que resulta el asunto a tratar para la sociedad colombiana y en general para la comunidad internacional.

Es ya conocido el lugar que Colombia ocupa en el mundo en cuanto la producción de drogas ilícitas, sin embargo pese a que el consumo de drogas estupefacientes no tiene altos índices en la población colombiana en contraste con muchos países desarrollados, el flagelo de la drogadicción se vive fuertemente en el día a día del ciudadano común.

Las últimas tres décadas de nuestra historia son el escenario en el cual se ha concretado el asunto de drogas ilícitas, sus consecuencias han sido devastadoras llevando a la sociedad a padecer guerras encrudecidas, carteles de narcotráfico, corrupción, mal posicionamiento internacional y lo más preocupante es la pérdida de gran parte de la juventud en las drogas, quienes a raíz de dicha enfermedad cumplen condenas en las cárceles colombianas. Así pues, existe la problemática de la drogadicción como principal amenaza de la salud pública, fruto del consumo de drogas que de este deviene, a veces subestimado por los sectores poderosos encargados de gestionar las soluciones de los problemas que se presentan en el Estado.

Este último aspecto de la problemática general de drogas ilícitas es al que está dedicado este trabajo. Algunas fuentes del derecho como lo son la Constitución Política, la ley y la jurisprudencia, nos permiten hacer ciertos análisis en cuanto el tema de salud pública que se pretende trabajar, es decir, en cuanto a la drogadicción como enfermedad y no como delito, pues si bien la jurisprudencia actualmente reconoce la adicción a drogas ilícitas como una enfermedad mental, no siempre se entiende así por algunos funcionarios públicos competentes para tramitar el poder sancionatorio del Estado y el resultado de esto es la vulneración diaria de derechos fundamentales de pacientes mentales, producto del consumo de drogas y aun de consumidores esporádicos, que si bien no han sido diagnosticados debido a la levedad de su adicción, corren el riesgo también de verse afectados en sus derechos inalienables, vulneración ésta que será desarrollada en el transcurso del trabajo.

La drogadicción es un problema constante en la historia de la sociedad colombiana, a pesar de ello, es pertinente la discusión que se ha presentado en cuanto al trato que se le debe dar a una persona que convierte estas sustancias en una dependencia hasta desencadenar en una grave enfermedad.

El consumo de estas sustancias es cada vez más común en el mundo y se puede decir que a la fecha el mercado ha entrado en una cierta tendencia a la formalización y legalización, por ejemplo Corea del Norte, Holanda, Portugal, en Estados como Washington y Colorado pertenecientes a Estados Unidos de America, Suiza, Bélgica, Canadá, Colombia y por supuesto Uruguay (quien En diciembre de 2013 se convirtió en el primer país en el mundo en legalizar la

producción, venta y consumo de marihuana, claro, con sus restricciones), son pioneros en las despenalización de la marihuana y en algunos casos de otras sustancias en dosis personales.

En Colombia precisamente, desde 1994 por medio de vía jurisprudencial en sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional, Magistrado ponente el Dr. Carlos Gaviria Diaz, las drogas ilícitas iniciaron su camino de legalización y formalización, iniciandose con el popular concepto de Dosis Personal, el cual se encauza con el tema de salud pública arriba mencionado, situación que se trabajará en la presente monografía, pues lo que se pretende estudiar son las diferentes posiciones que existen respecto de la despenalización de la dosis mínima, y situar el estudio en una postura que admita el reconocimiento de la vulnerabilidad de estos sujetos que más que delincuentes se han convertido en víctimas de una enfermedad que se les volvió incontrolable y que el sistema penal y sus funcionarios son potencialmente violadores de derechos humanos con este problema de salud, claro está sin desconocer el carácter delictivo de las personas que fabrican y trafican drogas estupefacientes, que de igual manera pueden ser consumidores, quienes a pesar de tener una enfermedad psiquiátrica como lo veremos en este trabajo, también están infringiendo un tipo penal. Por otro lado, bien se ha dicho ya por la jurisprudencia que el consumidor de estupefacientes es una víctima más, pues es el último eslabón de la cadena que representa el tráfico de estupefacientes como crimen organizado.

## **Planteamiento del problema**



En Colombia, algunas instituciones judiciales entre ellas la Fiscalía General de la Nación, como ente encargado de investigar y acusar, desarrollan políticas públicas basadas en enfrentar la criminalidad y cuyo fin es acusar al individuo cuando infringen las normas penales establecidas en el Código Penal -Ley 599 del 2000-. En tal sentido, uno de los tipos penales con un alto índice de infracciones es el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, artículo 376, porque históricamente Colombia ha estado marcada por el narcotráfico, ya no es solo una simple planta utilizada por muchos para ser comercializada ilegalmente a nivel nacional e internacional, sino que con el paso de los avances tecnológicos surgen nuevas drogas sintéticas que han aumentado tanto los porcentajes de consumo como de delincuencia organizada dedicada al expendio o tráfico internacional.

Ahora bien, el psicodependiente debe recibir ayuda médica, psicológica y de orientación, no una sanción tan drástica como la privación de la libertad, la cual no soluciona el problema social que se causa con el consumo del condenado, sino que deja a un lado la calidad de enfermo que envuelve al mismo, quien es visto entonces por el estado como delincuente. Es necesario que se vea al drogodependiente como una persona vulnerable, carente de un tratamiento posiblemente en centro de rehabilitación, lo que resultaría más conveniente que una cárcel, es por ello que el concepto de dosis personal ha sido centro de importantes discusiones jurisprudenciales en los últimos años.

En tal sentido el problema por resolver es identificar las diferentes posiciones que existen con relación a la despenalización de la dosis mínima, y desarrollar los preceptos que humanizan al adicto, en pro de analizar los argumentos que sostienen tales posturas.

## **Justificación**

Es conocido por el público el momento coyuntural que vive la sociedad colombiana en el marco del proceso y los acuerdos en búsqueda de una paz estable y duradera con el grupo subversivo llamado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo -FARC EP-, donde lejos de ver en tal una utopía, debe mirarse como una posibilidad de afrontar de manera distinta esta problemática histórica que aqueja a Colombia desde hace poco más de medio siglo.

En primera medida y teniendo en cuenta lo anterior, este trabajo adquiere importancia actual y sustancial en el marco del punto número cuatro (4) pactado entre el gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo -FARC EP-, la solución al problema de las drogas ilícitas y en específico en cuanto a los planes de acción participativos con enfoque territorial y poblacional (punto 4.2.1.4 del acuerdo), en el cual se establece una serie de acciones a ejecutar entorno al tema de consumo de drogas ilícitas.

Adicional a lo anterior, el acuerdo tiene otros dos puntos en materia de salud pública en cuanto el consumo de drogas ilícitas, el primero, referente a la evaluación y seguimiento de las acciones que se adelantan en materia de consumo, numeral 4.2.1.5; el segundo, numeral 4.2.1.6,

trata sobre la generación de conocimiento en materia del consumo de drogas ilícitas. Este último aspecto soporta y justifica los esfuerzos de investigar este tema, pues se reconoce la importancia de trabajar en asuntos de esta naturaleza, que implican exaltar su trascendencia para la sociedad, tanto es así que el Gobierno colombiano por medio del Ministerio de Salud y Ministerio de Justicia y Derecho a encaminado esfuerzos con el fin de establecer la magnitud de la problemática social en cuanto a las drogas y encontrar soluciones de fondo a dicha problemática.

**Pregunta de investigación:** ¿Deber ser tratado el consumidor de estupefacientes que es capturado portando más droga que la permita por la ley, como delincuente o como enfermo Psiquiátrico y que postura siguen las Altas Cortes en lo referente?

## **Objetivo**

**General:** Desarrollar un esquema general de relación en cuanto a los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de drogadicción como enfermedad, el tema de la dosis mínima permitida, sus límites e interpretaciones y el trato diferenciado de los consumidores en cuanto a las cantidades para el consumo, de cara a la práctica del derecho penal y los sujetos que materializan el ius puniendi, dentro del contexto actual de los acuerdos de paz.

## **Específicos:**

1. Conceptuar la noción de dosis mínima, a partir de las exposiciones científicas y los acercamientos que han realizado, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, y el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia.
2. Analizar desde la jurisprudencia con el ánimo de corroborar que todos los consumidores de drogas ilegales presentan distintas escalas de consumo y en consecuencia de dependencia a las distintas sustancias ilegales.
3. Plantear la existencia de un riesgo en materia de vulneración de derechos fundamentales por parte de los servidores públicos encargados de materializar el ius puniendi, en razón de la discrecionalidad que ostentan a la hora de aplicar la norma en cuanto a la dosis personal y su actual interpretación maleable.
4. Mencionar los avances y estrategias que ha trazado el Estado Colombiano frente a la problemática de las drogas ilícitas, en el ámbito de la salud.

## **Descripción**

Este proyecto se postula con el fin de dar a conocer los factores que influyen en el tema de la despenalización de la droga, las diferentes posturas, los debates, entre otros temas relacionados, pero lo más importante aún si se trata de un delito o una enfermedad.

La drogadicción es un fenómeno que ha estado presente en la sociedad desde hace muchos años generando una serie de polémicas y choques entre diferentes posiciones unas a

favor de la penalización y otras en contra, dado que no se mira desde un tema médico-jurídico si no que lo relacionan con la moral y las buenas costumbres un poco influenciados por el tema de la iglesia. Por ello, la dosis personal debe ser establecida después de evaluar la calidad, el grado y la frecuencia con la que una persona se ve bajo su dominio, no es posible que una persona que sufre esta enfermedad y que no tiene la conciencia para determinar sus consecuencias deba ser judicializada y castigada como delincuente.

El fin específico de este proyecto es mostrar que el drogadicto más que un delincuente es un enfermo que necesita ser tratado y precisa que le sean suministradas sus dosis bajo supervisión, también cabe decir que no es nuestra legislación tan acorde al tema porque se tiene penalizado el consumo de drogas y más aún se tiene establecida una dosis personal, dosis ésta que varía de persona a persona a persona dependiendo el grado de adicción o enfermedad que se tenga lo que para una es mucho para otra ya es nada.

Con este proyecto entonces pretendemos describir las diferentes posturas y profundizar sobre si la penalización de la dosis personal sería un castigo para las personas que padecen de una enfermedad llamada drogadicción o no, esta investigación se hará en general, es decir no se tomará una población o lugar específicos, pero el tema se enfocará en lo médico-jurídico.

Tendrá un enfoque descriptivo.

## **Marco Teorico**

Para poder hablar de sí sería correcto o no considerar que la dosis personal es el castigo que se le da a una persona adicta, tenemos primero que conocer y profundizar cual es la raíz del problema en este caso es las drogas ilícitas y a lo que lleva su consumo. Por eso debemos conceptualizar un poco estos términos que van a servir de base para llegar al tema que en realidad nos interesa.

Las drogas ilícitas o llamadas también estupefacientes son sustancias que crean dependencia en las personas que las consumen, conlleva a desarrollar una enfermedad considerada Psiquiátrica y denominada comúnmente como drogadicción o adicción crónica a drogas estupefacientes. Se investigó el concepto de drogadicción, el cual es definido como:

*“una enfermedad que consiste en la dependencia de sustancias que afectan el sistema nervioso central y las funciones cerebrales, produciendo alteraciones en el comportamiento, la percepción, el juicio y las emociones. Los efectos de las drogas son diversos, dependiendo del tipo de droga y la cantidad o frecuencia con la que se consume. Pueden producir alucinaciones, intensificar o entorpecer los sentidos, provocar sensaciones de euforia o desesperación. Algunas drogas pueden incluso llevar a la locura o la muerte.*

*La dependencia producida por las drogas puede ser de dos tipos:*

*1. Dependencia física: El organismo se vuelve necesitado de las drogas, tal es así que cuando se interrumpe el consumo sobrevienen fuertes trastornos fisiológicos, lo que se conoce como síndrome de abstinencia.*

*2. Dependencia psíquica: Es el estado de euforia que se siente cuando se consume droga, y que lleva a buscar nuevamente el consumo para evitar el malestar u obtener placer. El individuo siente una imperiosa necesidad de consumir droga, y experimenta un desplome emocional cuando no la consigue.*

*Algunas drogas producen tolerancia, que lleva al drogadicto a consumir mayor cantidad de droga cada vez, puesto que el organismo se adapta al consumo y necesita una mayor cantidad de sustancia para conseguir el mismo efecto.*

*La dependencia, psíquica o física, producida por las drogas puede llegar a ser muy fuerte, esclavizando la voluntad y desplazando otras necesidades básicas, como comer o dormir. La necesidad de droga es más fuerte. La persona pierde todo concepto de moralidad y hace cosas que, de no estar bajo el influjo de la droga, no haría, como mentir, robar, prostituirse e incluso matar. La droga se convierte en el centro de la vida del drogadicto, llegando a afectarla en todos los aspectos: en el trabajo, en las relaciones familiares e interpersonales, en los estudios, etc.”. (Aci prensa, ¿que es la drogadiccion?, 2017)*

Si se mira con detenimiento la definición anteriormente planteada se puede percatar que siempre se llama a este problema una enfermedad, una dependencia, en la mayoría de los casos incontrolable y que puede hacer perder la noción de lo bueno y lo malo de las acciones, esta enfermedad hace que la persona no esté consciente de los actos que realiza, además que su fuerte dependencia no lo permite salir con facilidad de su situación de adicto.

National Institute on Drug Abuse, en 2016, definió la drogadicción así:

*“(...) es una enfermedad **crónica** que se caracteriza por la búsqueda compulsiva e incontrolable de una droga, y su uso a pesar de las consecuencias adversas y cambios en el cerebro que pueden ser duraderos. Estos cambios en el cerebro pueden conducir a los comportamientos adversos que se ven en las personas que usan drogas. La drogadicción también es una enfermedad reincidente. Una recaída es el retorno al uso de la droga después de un intento de parar su consumo. El camino a la drogadicción empieza con el acto voluntario de consumir drogas. Pero, con el correr del tiempo, la habilidad de una persona de dejar de consumir la droga se debilita. La búsqueda y el consumo de la droga se vuelven compulsiva. Esto es más que todo debido a los efectos de la exposición prolongada a la droga sobre la función cerebral. La adicción afecta regiones del cerebro que están involucradas con la gratificación y la motivación, el aprendizaje y la memoria y el control inhibitorio del comportamiento. **La adicción es una enfermedad que afecta el cerebro y la conducta.**”*

Ahora bien, la Organización Mundial de la Salud dijo al respecto:

*“Toxicomanía o **drogadicción** es el estado de intoxicación periódica o crónica originada por el consumo repetido de una droga, con las siguientes características: Deseo o compulsión a seguir consumiendo la droga (dependencia psíquica). Tendencia a*



*aumentar la dosis (fenómeno detolerancia). Modificación fisiopatológica del sistema nervioso (dependencia física generadora del síndrome de abstinencia).” (de la drogadicción, recuperado de: <http://www.saludpsicologia.com/posts/view/37/name:De-la-drogadiccion>)*

Lo anterior para ilustrar a modo general la patología, pero especialmente para soportar el carácter crónico de la enfermedad y en consecuencia su difícil tratamiento y rehabilitación.

Entendiendo la drogadicción como enfermedad crónica, queda claro que para una sociedad este problema corresponde a un tema de salud pública más que cualquier otra cosa, sin embargo uno de los aportes de esta investigación al tema sería pensar que no se debe abordar desde cualquier esfera de lo público si no concretamente desde políticas públicas en salud y no desde la política criminal de carácter preventivo y rehabilitador. Desde estas interpretaciones es que se deben empezar a realizar los cambios para la eficacia de las políticas públicas en esta materia.

También es necesario contar con las herramientas teóricas más recientes en materia de políticas públicas para el caso, esto nos lleva a analizar el acuerdo de paz de La Habana en cuanto se refiere al tratamiento proyectado para el tema de las drogas ilícitas en el país, el cual constituye las últimas tendencias en el manejo de la problemática al tenor del punto número cuatro (4) pactado, bajo la expectativa de que puedan reformularse los Acuerdos, luego de la

negativa a la refrendación que obtuvo el pasado 2 de octubre por parte de los colombianos, este material de los acuerdos tiene una riqueza intrínseca, por el hecho mismo de haber estudiado juiciosamente el tema de las drogas en el país.

## **Marco Juridico**

Ahora bien, dentro del marco teórico conceptual de este trabajo, es menester traer algunas aproximaciones en materia de legislación y jurisprudencia, pues el tema aludido ha sido abordado con detenimiento por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Congreso, ello implica realizar un análisis de lo que el ordenamiento jurídico colombiano ha planteado frente a esta problemática social.

En el proceso bajo el radicado 41760 del 09 de marzo de 2016, Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier (La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia), teniendo en cuenta los conceptos de la Organización Mundial de la Salud, en los cuales se destaca cómo los adictos, por su problema de salud, deben ir a centros de rehabilitación y no a la cárcel., Acentúa la sentencia que, según lo dispuso el Acto Legislativo 02 de 2009, modificatorio de la Constitución, salvo prescripción médica, el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, pues lo que se busca en el país no es penalizar con medida privativa de la libertad al consumidor, sino implementar medidas pedagógicas, terapéuticas y de protección coactiva. Allí se distingue al consumidor y la conducta del

delincuente que fabrica, trafica y distribuye las drogas ilícitas, garantizando a los primeros la protección del derecho a la salud pública.

Termina por concluir en sentencia SP3605 de 2017, Magistrado Ponente Eugenio Fernandez Carlier (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia) lo siguiente:

*“Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal”.*

Por su parte, la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia acerca de las particularidades que orbitan la drogadicción, por lo cual se presentarán extractos de sentencias de los últimos años que han dilucidado el presente tema, estas serían:

Sentencia C-574 de 2011, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Perez donde se realizó una interpretación sistemática de los nuevos incisos introducidos por el Acto Legislativo 02 de 2009 en el contenido del artículo 49, la Corte llegó a las siguientes conclusiones:

“... 1. Teniendo en cuenta la interpretación sistemática del inciso sexto con el resto del artículo 49 de la C.P. se desprenden varias conclusiones: (i) Que la prohibición del porte y consumo de estupefacientes y sustancias sicotrópicas para el sometimiento a medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico, terapéutico con el consentimiento informado del adicto, se correspondería con el deber de procurar el cuidado integral de la salud de la persona y de la comunidad, contenido en el inciso quinto del artículo. (ii) Que no solamente se establecen las medidas pedagógicas, administrativas y terapéuticas para el adicto que consienta de forma informada someterse a dichas medidas y tratamientos, sino que el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia, con el desarrollo permanente de campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y a favor de la recuperación de los adictos. (iii) Por último, que el sometimiento a las medidas y tratamientos para los adictos y dependientes que porten y consuman sustancias estupefacientes y sicotrópicas, y que consientan de manera informada someterse a las medidas y tratamientos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, deberá proveerse por parte del Estado o por los particulares o por parte del sistema de salud de acuerdo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. 2. En cuanto a la interpretación del inciso sexto del artículo 49, con el resto de la Constitución, se tiene que tener en cuenta que dicho apartado, que está inserto en el derecho a la salud, se debería corresponder con un concepto amplio de dignidad que implique la autodeterminación (artículo 1), con el derecho a la vida y con el deber del Estado de protegerla (art. 11 e inciso segundo del artículo 2º), con la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás (inciso tercero del artículo 44), con la

*protección y la formación integral del adolescente (artículo 45), con la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos a quienes se les prestará la atención especializada que requieran (art. 47); con el mismo derecho a la salud y saneamiento ambiental (art. 49) y con el numeral primero de los deberes del artículo 95 que establece que toda persona tiene el deber de “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.*

Sentencia C-491 de 2012, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, en esta sentencia la Corte manifiesta algunas características que han de tenerse en cuenta a la hora de aplicar la norma punitiva, frente a aquellas personas que sean sorprendidas portando sustancia psicotrópicas, exponiéndolo así:

*“Las conductas alternativas descritas en el artículo 376 del Código Penal comprenden el “tráfico, fabricación o porte” de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética en las cantidades previstas en los incisos primero, segundo y tercero del artículo 376 Cod. P., con exclusión del porte o conservación de la cantidad considerada como dosis para uso personal, toda vez que: (i) se debe distinguir entre las conductas constitutivas de narcotráfico y el porte de sustancia para el consumo personal; (ii) este último comportamiento no reviste idoneidad para afectar los bienes jurídicos de la salubridad pública, la seguridad pública y el orden económico y social, protegidos en las normas que penalizan el narcotráfico, en cuanto que se trata de una conducta que no trasciende el ámbito personal del individuo; (iii) la penalización del porte o conservación de sustancia estupefaciente en cantidad considerada como dosis personal*

*comportaría vulneración del principio de proporcionalidad y prohibición de exceso en materia penal, comoquiera que se estaría criminalizando un comportamiento carente de idoneidad para lesionar bienes jurídicos amparados por la Constitución; (iv) la prohibición que introdujo el Acto Legislativo 02 de 2009 en el artículo 49 de la Constitución en cuanto al porte y consumo de sustancia estupefaciente o psicotrópica, no conduce a la criminalización de la dosis personal, comoquiera que no comporta una finalidad represiva frente a quien tenga la condición de adicto, sino de protección a través de medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, la cuales deben contar con el consentimiento informado del adicto.”*

Sentencia T-578 de 2013, Magistrado Ponente Alberto Rojas Rios, donde se revisó el tema en comento al presentarse una acción de tutela contra una E.P.S que se negaba a otorgar un tratamiento médico a un paciente con diagnóstico de abuso de sustancias psicoactivas, precisando la Honorable Corte Constitucional lo siguiente,

*“Este Tribunal ha estimado en considerables ocasiones, con base los artículos 13, 47 y 49 de la Carta, que las personas con trastornos mentales y del comportamiento por adicción a sustancias psicoactivas o farmacodependientes son sujetos de especial protección constitucional, pues debido a una enfermedad, ven limitada su autonomía y autodeterminación, situación que pone en riesgo su integridad personal, su vida, y la de la comunidad. Lo anterior, implica que sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la salud, deben ser garantizados como derechos fundamentales autónomos. Lo anterior permite inferir que la*

*cuestión que se discute por medio de este amparo tiene una evidente relevancia constitucional por cuanto la causa que la origina supone el desconocimiento de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección. De otra parte, una vez se ha verificado que el agenciado padece farmacodependencia y que en su caso “existe riesgo inminente para la vida o la salud del paciente [pues] el consumo de sustancias psicoactivas puede causar muerte de manera directa o indirecta”*

Sentencia T-010 de 2016, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva en la cual el Garante Constitucional reitera su posición frente a la protección del derecho a la salud mental y farmacodependencia o drogadicción, manifestándose así,

*“La salud se desarrolla a partir de presupuestos constitucionales (artículos 48 y 49 CP) que le otorgan una doble connotación: (i) la de servicio público cuya prestación y coordinación está a cargo del Estado, bajo condiciones de “oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad” y (ii) la de derecho fundamental autónomo que se define como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”*

(...)

*“La salud mental es un importante factor de riesgo para el desarrollo de dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Por lo tanto, el sistema integral de seguridad social en salud debe incluir la atención médica que se requiere para tratar efectivamente el problema de la farmacodependencia, ya sea a través de las empresas promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado o mediante instituciones públicas o privadas que tengan convenio con el Estado.”*

Y citando su propia jurisprudencia se remitió a lo antedicho en la sentencia T-814 de 2008 donde expresó:

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

Los referentes legislativos que han tratado el tema de estudio en esta investigación, y que conforman el grueso legal del tema de los estupefacientes en Colombia, se presentan a continuación, en orden de cronológico según su aparición,

- Ley 30 DE 1986 -Reglamentada por el Decreto Nacional 3788 de 1986- Por medio de la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones.



- Decreto 1108 DE 1994 Por por medio del cual se sistematizan, coordinan y reglamentan algunas disposiciones en relación con el porte y consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
- Ley 599 de 2000 Por medio de la cual se expide el Código Penal.
- Acto Legislativo 02 de 2009 -Declarado exequible de manera condicionada en el entendido que únicamente frente al cargo examinado y de conformidad con las consideraciones expuestas mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-882 de 2011- Por medio de la cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política.
- Ley 1453 de 2011 Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.
- Ley 1566 de 2012 Por medio de la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas y se crea el premio nacional "entidad comprometida con la prevención del consumo, abuso y adicción a sustancias" psicoactivas.
- Decreto 2467 DE 2015 Por medio del cual se reglamentan los aspectos de que tratan los artículos 3°, 5°, 6° y 8° de la Ley 30 de 1986.

## **Capítulo II**

### **La Drogadicción, Una Enfermedad Tipificada En El Código Penal.**

## **“Corresponde Probar A La Fiscalia La Antijuriicidad Del Delito De Porte De Estupefacientes”**

Estudiados los puntos anteriores, referentes al desarrollo jurisprudencial adelantado por las Altas Cortes en lo atinente a la adicción a las drogas estupefacientes, se tiene que dichas entidades judiciales visualizan la adicción a estupefacientes como una enfermedad, la cual debe ser cubierta por el estado atendiendo a la protección al derecho a la salud, el cual se ha tornado autónomo apartir de la ley estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015, es así como se ha venido entendiendo al adicto como un enfermo y no como un delincuente.

Ahora bien, claro está que el consumidor de estupefacientes es un enfermo, el cual deberá ser tratado de manera Psiquiátrica con el fin de apartarlo de dicha adicción y reinsertarlo a la sociedad. Por otro lado, este avance jurisprudencial y legal se ha dado entorno a la postura tomada por la Corte Constitucional en sentencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, en donde se dio paso a la dosis personal, pero, ¿qué pasa cuando el consumidor con el fin de abastecerse sobrepasa los límites establecidos por la ley para el porte de estupefacientes, incurriendo en una agresión al artículo 376 del Código Penal?

Para resolver tal interrogante, debe acudir inicialmente a la valoración típica de la conducta, pues se ha aceptado por la Corte Suprema de Justicia, que la destinación de consumo al portar estupefaciente no atiende a lo que quiso prohibir el legislador, pues su intención atina a combatir el expendio y tráfico de dichas sustancias, de ahí que este comportamiento sea atípico, y es que no solo basta con superar la cantidad permitida por el legislador para portar estupefaciente, pues aun sin superarla si la intención es distribuir o expender se incurre en una conducta típica, de ahí que como se dijo no importa la cantidad si no la destinación con la que se

porte la sustancia, se esto encuentra sustento en sentencias resientes de la Corte Suprema de Justicia:

*“con anterioridad la Corporación cuando se superaba la cantidad establecida como de uso personal había resuelto los asuntos en sede de antijuridicidad en relación con el daño potencial o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos como la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social, (v.gr CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409; CSJ SP, 12 nov. 2014, rad. 42617, entre otros), se puntualizó que ahora tales eventos han de ser desarrollados dogmáticamente en los terrenos de la tipicidad, porque con la modificación hecha a través del Acto Legislativo 02 de 2009 el ánimo de ingesta de las sustancias se constituye en ingrediente subjetivo o finalidad del tipo, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo ha de considerarse como una conducta atípica.” (Corte Suprema de Justicia. Magistrado ponente: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. SP3605-2017. Radicación 43725, 15 de marzo de 2017).*

Por lo anterior la conducta no supera el primer estudio en cuanto a la tipicidad, sin embargo, de no acogerse como se presenta en algunos estrados judiciales dicha postura, debemos acudir a la segunda valoración respecto de la antijuridicidad, entiéndase está con la definición que obra en el artículo 11 de la normatividad sustancial penal como: *“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 puede verse la conducta típica luego de pasar el análisis de consideración delictual dentro de la legislación represora, debe agotar necesariamente una afectación a él bien jurídicamente tutelado.

Así pues, se debe tener claro que el delito descrito en el artículo 376 del Código Penal, es uno de los conocidos como de peligro abstracto o indirecto, ha de recordarse en cuanto a los tipos penales y al principio de lesividad que existen diversas categorías que se relacionan según como se afecte el bien jurídico tutelado, es decir, existen tipos penales de lesión, en donde el bien jurídico tutelado sufre una efectiva destrucción o agresión, caso en donde es suficiente constatar la agresión al bien jurídico, ejemplos de ellos serán; las lesiones personales, los homicidios, entre otros, así mismo existen tipos penales de conducta en los que se exige que el sujeto realice la acción descrita en el tipo, ejemplo de estos es la injuria y la calumnia.

En igual sentido, existen los delitos considerados como de peligro, dentro de estos se encuentran los delitos de peligro presunto o peligro concreto, en cuyo caso el peligro es un elemento del tipo objetivo, por el contrario en los delitos de peligro demostrable o abstracto no hace parte del elemento objetivo el peligro, ello por cuanto el legislador atendiendo al principio de configuración legislativa lo ha presumido, así pues como el peligro no es un elemento del tipo lo único que queda por hacer es probar la existencia de los hechos, dicha postura es acogida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el año 1982, sentencia del 22 de septiembre de 1982, Magistrado Ponente Luis Enrique Romero Soto:

*“Puede afirmarse que existen dos clases de delitos de peligro, cuya diferencia obedece a la proximidad y gravedad del riesgo al bien jurídico tutelado (...). Delitos de peligro presunto y delitos de peligro demostrable, porque en los primeros la ley presume de modo absoluto la posibilidad de un daño para el bien jurídicamente tutelado y no sólo no requieren, sino que, por el contrario excluyen cualquier indagación sobre si se da o no la probabilidad del perjuicio o lesión de éste.*

*En tanto que los otros requieran (sic) que se demuestre la posibilidad del daño, es decir, comprobación de que hay un peligro. Implica esta distinción la consecuencia de que en los delitos de peligro presunto una determinada situación subsumible en la respectiva descripción legal, debe ser sancionada aun cuando no hay determinado el peligro que constituye la razón de la norma”*

Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia en cita, el delito que sanciona el artículo 376 del Código Penal, en la modalidad de porte, debe enmarcarse dentro de los que se hacen llamar delitos de peligro demostrable o peligro abstracto como se dijo anteriormente, esto ocurre toda vez que el legislador y la jurisprudencia decidió no presumir la lesión al bien jurídico tutelado en los casos en que la droga estupefaciente se porte dentro de unos rangos mínimos, empero, el trasfondo de esta norma se direcciona a que quien porta la droga estupefaciente para su consumo no afecta la salud pública, sin dejar atrás que el ciudadano consumidor es un enfermo.

Así mismo, al existir rangos mínimos en los que se faculta el porte de estupefacientes, se denota la intención del legislador en el sentido que la prohibición no es para quien sea consumidor sino, para quienes se lucran de dicha actividad, es por ello que pese a superarse el máximo permitido, si la intención de quien porta el estupefaciente es su propio consumo y lo hace a manera de abastecimiento ello no afecta el bien jurídicamente tutelado, es así que si la intención del legislador conlleva a que no exista la presunción de peligro, no puede estudiarse esta conducta como de peligro presunto, por ello no queda más opción que visualizarla en el campo del peligro demostrable.

Ha lineado la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup> la presuncion de peligro que implican los delitos de peligro demostrable no pueden ser de las conocidas como de *iure et de iure*, en cuyo caso se desconocerian los principios constitucionales y legales, pues solo bastaria con demostrar la infraccion al tipo penal para establecerse la antijuridicidad, por el contrario estos son de los conocidos como *iures tantum*, y por ello siempre será posible desvirtuar la antijuridicidad de la conducta.

En concordancia con lo anterior y al enmarcar el tipo penal del articulo 376 en los delitos de peligro abstracto, se concidera que en un eventual juicio oral será deber de la Fiscalia General de la Nacion, acreditar contundentemente que el actuar del investigado fue lesivo para el bien juridico tutelado, en cuyo caso es la salud publica, es decir, si se tiene excluido el verbo rector “porte” del ante dicho tipo penal, y el procesado fue capturado solo portando la droga estupefaciente, para consolidar una solicitud de sentencia condenatoria y que el Juez de Conocimiento acceda a ella, el fiscal delegado deberá acreditar mas alla de toda duda razonable que el investigado portaba esa sustancia con la intencion de actuar dentro de uno de los verbos rectores sancionados en el tipo penal, como por ejemplo, con la intencion de vender.

No acreditada por la fiscalia la antijuridicidad de la conducta, no existe otra posibilidad que dictar sentido del fallo a favor del procesado, ello por cuanto aún se encuentra incólume la presunción de inocencia.

Como puede verse, es deber de la fiscalia estructurar totalmente la ilicitud de la conducta y la afectacion al bien juridico tutelado, sin embargo, se extraña que en la practica suceda lo contrario, pues pasa que para los Jueces de Conocimiento con un discurso sofista en los alegatos

---

<sup>1</sup> Sentencia radicado N° 42617 del 12 de noviembre de 2014.

de conclusion, sin acreditarse la posibilidad de estructuracion de un verbo rector diferente al “porte” expresando que el llevar consigo una dosis superior a la permitida por la ley afecta la salud publica, sin tener en cuenta la condicion de enfermos de los consumidores, y como fue expuesto en presedencia que estas personas se suelen abastecer para consumir en varias ocasiones.

Como respuesta al interrogante planteado al inicio de este capitulo, ¿que pasa cuando el consumidor de sustancias alucinógena con el fin de abastecerse sobrepasa los limites establecidos por la ley para el porte de estupefacientes, incurriendo en una agreison al articulo 376 delCodigo Penal?, juridicamente y con los planteamientos antes citados, en caso de ser capturado por una autoridad y llevado a un juicio oral, no habrá una posibilidad diferente a dictar sentido del fallo absolutorio.

## **Conclusiones**

Claro entonces que el drogadicto es una persona que padece de una enfermedad psiquiatrica, una enfermedad que consiste en la dependencia de sustancias que afectan el sistema nervioso central y las funciones cerebrales, de tal manera que el trato para este enfermo no es una sanción penal que confluye en la privación de la libertad, pues no ha de olvidarse que lo descrito en el articulo 376 delCodigo Penal, se encuentra inmerso dentro de la prohibiciones que trae la ley 1709 de 2014 para conceder sobrogados penales.

Cabe reiterar que los adictos deben ser tratados como enfermos, personas que necesitan protección del Estado ante su calidad de víctimas de esta problemática que cada día azota más a nuestro país, son ellos los afectados y deben ser diferenciados de los delincuentes que provocan al pueblo su decadencia, como se pudo establecer en el trabajo el adicto no debe ser tratado como criminal, tratándose este de un problema de salud pública.

De manera aislada y habiéndose considerado necesario en el presente escrito aclarar que se esta frente a un delito de peligro abstracto o demostrable, el cual el Juzgador al evaluar el sentido en que se dictará el fallo, deberá hacer un analisis diferente al que se hace en los demas delitos comunes que afectan nuestra sociedad que se enmarcan como de peligro, pues no solo ha de tener en cuenta la ya reiterada condicion de enfermos de los consumidores sino tambien la necesidad de acreditar la antijuridicidad de la conducta por parte de la fiscalia, pues la intencion de afectar o la afectacion que se da al bien juridico tutelado es de extrema importancia en estos casos y no es menester de la defensa contrariar la existencia de esta sin que sea acreditada suficientemente por la Fiscalía General de la Nación, pues no ha de olvidarse la presuncion de inocencia que cobija al procesado.

Por ultimo, planteando una opinión personal se considera que la dosis personal debe ser establecida después de evaluar la calidad, el grado y la frecuencia con la que una persona se ve bajo su dominio, por lo que el código no debe establecerla de manera general.

## **BIBLIOGRAFIA**



1. Revista semana. Dosis personal, diciembre de 1990. vol. 133 N 449.pag 130-133. Bogotá.
2. Revista jurisprudencia y doctrina vol. T xxxvlll N 454. Pág. 1584- 1590.
3. Gaviria Díaz, Carlos, abril- junio de 2009, despenalización dosis personal, exp N d-429, revista nueva época N 3, pagó 79-121. Bogotá.
4. Revista legislación, agosto 15 de 2002, Consumo y porte de dosis personal de estupefacientes se tipifica como contravención, ley 745 de 2002., vol. 101 N 1196. pág. 149-150. Bogotá.
5. Revista judicial, febrero de 1995, dosis personal, vol. 0, N 24, pág. 273-299. Manizales.
6. Gaviria Díaz, Carlos, abril- junio 1998, despenalización del consumo de la dosis personal de estupefacientes, revista universidad de Antioquia N 252, pág. 48-58. Medellín.
7. Revista cromos N 4417, octubre 4 de 2002, despenalización de la dosis personal un cambio en Colombia, pág. 53-55.
8. Uribe Rueda, Nicolás. (2012, 6 de julio). Otra vez la dosis personal. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-357877-otra-vez-dosis-personal>.
9. Pacheco, Daniel. (2012, 13 de marzo). Revive pulso por la dosis personal. Recuperado de <http://www.elespectador.com/impreso/temadeldia/articulo-332022-revive-pulso-dosis-personal>.
10. Torres, Camilo. (2011, 29 de junio). Dosis personal no será delito. Recuperado de <http://www.dinero.com/actualidad/nacion/articulo/dosis-personal-no-sera-delito/154342>.

11. Camilli1240. (2009, 11 de diciembre). La prohibición de la dosis personal en Colombia: un paso más lejos de la solución y uno más cerca de la ineptitud. Recuperado de <http://censura20.com/2009/12/11/la-prohibicion-de-la-dosis-personal-en-colombia-un-paso-mas-lejos-de-la-solucion-y-uno-mas-cerca-a-la-ineptitud/>.
12. Robledo Marín, Guillermo. (2011). Dosis personal. Revista poder. Pp.11-13.
13. Escobar López, Edgar. (1992). ESTUPEFACIENTES delitos y contravenciones. Medellín – Colombia 1992. Segunda edición. Impresos Baena.
14. Gutiérrez, Carlos. (2012). Despenalización de la dosis personal. Revista de la Universidad de Medellín. Pp 6-7.
15. Redacción justicia. (2011, 24 de agosto). Penalizar dosis personal viola desarrollo de la personalidad: Corte. Recuperado de <http://m.eltiempo.com/justicia/leyes-sobre-el-porte-de-la-dosis-personal-de-droga-en-colombia/10218104>.
16. Redacción justicia. (2012, 29 de junio). 'Adictos son enfermos, no delincuentes': Fiscal General. Recuperado de <http://m.eltiempo.com/justicia/fiscal-montealegre-defiende-despenalizacin-de-dosis-personal/11984993>.
17. Imperialismo. (2011, 18 de abril). Drogadicción en Colombia. Recuperado de <http://sobrepolitica.com/drogadiccion-en-colombia/>.
18. María Ángeles Ramos y Sebastián Zanazzi, Delitos de peligro abstracto Delitos de peligro y principio de lesividad.
19. Ricardo Antonio Cita Triana. Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano: crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica.

