

PROYECTO DE LEY 60 DE 2018 - “POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTAN DISPOSICIONES DE FORTALECIMIENTO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA”

Comentarios y observaciones capítulo I Medidas contra el tráfico de drogas y el narcomenudeo

Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2018-2019/1190-proyecto-de-ley-060-de-2018>

Introducción

La Fiscalía General de la Nación radicó el 30 de julio de 2018 el proyecto de ley 60 de 2018 (en adelante PL), por medio del cual se adoptan disposiciones para el fortalecimiento de la seguridad ciudadana. En las sesiones legislativas del primer semestre de 2019, se acumuló con el Proyecto de Ley presentado por el partido Mira sobre ciberdelincuencia.

Al abordar el PL distintas temáticas bajo el concepto de “*seguridad ciudadana*”, es necesario, en primera medida, recordar que dicho concepto se basa, además de en el uso de la fuerza pública, en “acercar el Estado a la comunidad a través de las distintas instituciones públicas para fortalecer la democracia”¹. Por su parte, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), ha entendido la “*seguridad ciudadana*” como “**una modalidad específica de la seguridad humana, que puede ser definida inicialmente como la protección universal contra el delito violento o predatorio.** La seguridad ciudadana es la protección de ciertas opciones u oportunidades de todas las personas –su vida, su integridad, su patrimonio- contra un tipo específico de riesgo (el delito) que altera en forma súbita y dolorosa la vida cotidiana de las víctimas”².

Frente a la forma de implementar políticas de seguridad ciudadana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que los Estados deben promover:

“modelos policiales acordes con la participación de los habitantes, bajo el entendimiento de que la protección de los ciudadanos por parte de los agentes del orden debe darse en un marco de respeto de la institución, las leyes y los derechos fundamentales [...] **Cuando en la actualidad hablamos de seguridad no podemos limitarnos a la lucha contra la delincuencia, sino que estamos hablando de cómo crear un ambiente propicio y adecuado para la convivencia pacífica de las personas.** Por ello, el concepto de seguridad debe poner mayor énfasis en el desarrollo de las labores de prevención y control de los factores que generan violencia e inseguridad, que en tareas meramente represivas o reactivas ante hechos consumados”³.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que, para enfrentar problemáticas relacionadas con crimen organizado y narcotráfico, “es preciso que los Estados actúen en todo momento dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como los derechos humanos”⁴.

¹ Sentencia C-045/18. Corte Constitucional Colombiana. Ministro Ponente. José Fernando Reyes Cuartas.

² PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano para América Central 2009-2010. Abrir espacios para la seguridad ciudadana y el desarrollo humano, pág. 31. Véase también: OEA. Asamblea General, Los Conceptos de Seguridad Pública y Seguridad Ciudadana en el ámbito de la OEA, OEA/Ser.P AG/CP/GTDSS-13/11.

³ CIDH. Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57 31 diciembre 2009. Párr. 20.

⁴ Corte IDH. Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370.

De acuerdo con la exposición de motivos, las medidas propuestas están encaminadas a afrontar fenómenos como (i) el narcomenudeo y microtráfico, (ii) la reincidencia, (iii) la cibercriminalidad, (iv) el cumplimiento efectivo de las condenas, y por último incluye, (v) algunas disposiciones sobre los procedimientos dispuestos para hacer posible la sanción penal. Atendiendo a los estándares antes señalados se observa con preocupación que el contenido del PL bajo el concepto de “*seguridad ciudadana*” en realidad, es una estrategia de política criminal que, bajo un enfoque punitivo, apuesta a la persecución penal como eje transversal para garantizar la seguridad de las personas. Lo anterior poniendo en riesgo derechos protegidos en la Constitución Política y los estándares internacionales.

Este documento presenta un análisis de las medidas propuestas en este PL, en particular en relación con el capítulo I sobre “*medidas contra el tráfico de drogas y el narcomenudeo*”. En general, consideramos que las iniciativas propuestas en este PL van en contravía de las recomendaciones de la Comisión Asesora de Política de Drogas, la Comisión de Seguimiento al Estado de Cosas Inconstitucional del Sistema Carcelario, así como de las sentencias de la Corte Constitucional que ordenan al Estado contar con una política criminal menos populista y reactiva y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Estas iniciativas, de ser aprobadas, concentrarían los esfuerzos del sistema judicial en seguir persiguiendo comportamientos delictivos de menor escala y afectación, así como desviando recursos y atención de las necesarias acciones sobre las grandes estructuras criminales. De igual forma, la creación de nuevos delitos y el aumento de penas agravan el enfoque punitivo de la política de drogas y profundiza problemas como el hacinamiento en las cárceles y el limitado efecto resocializador de la cárcel sin tener un impacto efectivo sobre la economía del narcotráfico. **Por lo cual recomendamos que los artículos 1, 3 y 4 del PL sean votados negativamente durante el debate legislativo.**

Con el fin de sustentar nuestra posición, este documento se divide en 4 secciones. En la primera argumentamos que la política de drogas debe tener un enfoque de salud pública y no un enfoque de política criminal. Para ello nos ocuparemos de (i) mostrar la magnitud del consumo de drogas ilegales en Colombia; (ii) precisar los argumentos que sustentan que el Estado debe abordar el consumo a través de políticas de salud pública; (iii) evidenciar las falencias de la atención en salud hacia personas que usan drogas; y (iv) demostrar que las sanciones del Estado hacia los consumidores de drogas representan una vulneración a sus derechos fundamentales.

En la segunda sección argumentamos que las medidas propuestas en el PL agravan la desproporcionalidad de las penas en relación con los delitos de drogas. Sustentamos este argumento en un análisis sobre el daño que se busca prevenir con estos delitos y con un análisis comparativo con otros delitos de mayor gravedad como el homicidio y el acceso carnal violento.

En la tercera sección aportamos una descripción del perfil de las personas que son tradicionalmente perseguidas por los delitos de tráfico de drogas y argumentamos cómo estas medidas han generado altos costos sociales para ellos y sus familias mientras que no han impactado efectivamente las estructuras criminales que realmente se lucran del negocio de las drogas.

En la cuarta sección abordamos en particular los impactos que tendría la regulación de la dosis de aprovisionamiento para los derechos de quienes consumen drogas y por último, hacemos referencia a disposiciones específicas del PL que por la ambigüedad con la que se encuentran redactadas podrían dar lugar a sanciones fundamentadas únicamente en el criterio subjetivo y discrecionalidad de los funcionarios judiciales.

1. El problema de drogas debe ser un asunto de salud pública y no de política criminal.

La política de drogas debe estar informada por la magnitud real de lo que se denomina como el ‘problema de las drogas’. Según el [Informe Mundial de Drogas 2018](#) preparado por la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (UNODC), la población consumidora de sustancias psicoactivas (SPA) es apenas una fracción minoritaria de la población mundial: el 5.6%. Para 2016, el 2.5% de la población había usado marihuana en el último mes, y apenas el 0.2% había usado cocaína en el mismo período. Con respecto a los usos problemáticos de estas sustancias, la UNODC revela que sólo el 0.4% de la población mundial es dependiente de alguna sustancia ilegal.

Estas cifras revelan que, contrario a lo que se debate en los medios, y al pánico alrededor de las drogas, el uso problemático de SPA es la excepción, y no la regla, y además que, en los casos en los que se requiere atención médica, los Estados están muy atrasados en garantizar el derecho a la salud de estas personas. A nivel mundial existen deficiencias en la atención en salud a este sector de la población, pues según datos de la UNODC, sólo una de cada seis personas con consumo problemático accede a tratamiento. Tal es el caso de Colombia, pues según el Reporte de Gasto Público Anti-Drogas presentado por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) en el 2010, solo el 4.1% del presupuesto total en materia de drogas fue destinado a intervenciones para la reducción del consumo. Mientras que el 64%, 1.2 billones de pesos, se destinó a intervenciones para la reducción de la oferta como son la identificación y erradicación de cultivos ilícitos.

Las cifras del panorama del consumo de SPA en Colombia se comportan de manera similar a la tendencia mundial. De acuerdo con el [Estudio Nacional de Consumo de 2013](#), el índice de prevalencia de consumo del último año estima que había una población consumidora de SPA de 839.000 personas, lo que representa el 3.6% de la población total del país⁵. El cannabis es la sustancia ilícita de más alto consumo en Colombia, con un aproximado de 762.000 personas, equivalente al 5,4% de la población total. Por su parte, hay un 0.7% (162.000 personas) de la población que reporta consumo de cocaína en el último año. Al igual que en el mundo, la población que consume SPA es una fracción minoritaria de la población. En cuanto al acceso a tratamiento, el estudio no cuenta con datos al respecto.

El panorama del consumo revela además que es necesario que los Estados diseñen respuestas diferenciadas aplicables a cada población: en el caso del consumo problemático, la respuesta debe estar centrada en brindar oferta de servicios de salud, con tratamientos que sean voluntarios y basados en la evidencia, como lo han detallado los estándares de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el documento de resultados de la UNGASS 2016, y la propia legislación colombiana a través de la [Ley 1566 de 2012](#), que indica en su artículo 2 que *“toda persona que sufra trastornos mentales o cualquier otra patología derivada del consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas lícitas o ilícitas, tendrá derecho a ser atendida en forma integral por las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud y las instituciones públicas o privadas especializadas para el tratamiento de dichos trastornos.”*

Las políticas públicas tendientes a la atención en salud a esta población han sido deficientes, y no se conoce la magnitud de esta deficiencia. Si bien el Observatorio de Drogas de Colombia (ODC) reporta los ingresos a centros de tratamiento desagregado por sustancia, esta información no permite identificar ingresos múltiples, tipo de tratamiento al que ingresan, y adherencia al mismo. Estas cifras, sin embargo, dan un panorama de la proporción de la población que busca tratamiento. En 2013, año para el cual se cuenta con cifras de población consumidora, ingresaron

⁵ Esto incluye el consumo de: marihuana, cocaína, bazuco, éxtasis, heroína, sustancias inhalables o dick.

a tratamiento por marihuana 779 personas y por cocaína 492 personas, lo que equivale al 0.1% y 0.3% de la población consumidora, respectivamente.

Si bien las fuentes oficiales no dan razones que expliquen por qué los ingresos a tratamiento son tan bajos, podemos arrojar algunas hipótesis: (i) una porción importante de la población consumidora usa drogas de manera ocasional y recreativa, y el consumo no tiene impactos negativos sobre su calidad de vida y su funcionalidad, y por lo tanto, no hay necesidad de buscar tratamiento; (ii) las EPS no contratan con IPS que presten este tipo de servicios y/o a menudo niegan las autorizaciones médicas para el tratamiento a la farmacodependencia; (iii) los modelos de tratamiento que se ofrecen en Colombia están basados en la abstinencia, y son poco efectivos a la hora de reducir los efectos negativos del consumo.

Por su parte, el consumo ocasional o recreativo de las sustancias no debería ser prioridad ni de la política criminal ni de las actividades policivas. Si bien la Constitución Política de Colombia prohíbe el porte y consumo de sustancias psicoactivas, es este el caso de una conducta prohibida que no debe ser prioridad de la política criminal ni de la acción policial del Estado.

Bajo esta premisa fáctica, es necesario aclarar entonces que las políticas encaminadas a prevenir el consumo de drogas a través de herramientas policivas y sancionatorias del Estado, tales como las que propone el PL, tienen una falla grave: no logran diferenciar el consumo problemático, del consumo ocasional o recreativo. Esto además pone de relieve la necesidad de que el Estado colombiano adopte las medidas necesarias para aplicar los principios de la salud pública frente al consumo de drogas, pues no son asuntos para los cuáles la respuesta criminal sea efectiva. Como mostraremos en los siguientes apartados, la respuesta criminal frente al consumo y tráfico de drogas es ineficiente, costosa, y genera efectos colaterales nocivos para la sociedad en su conjunto. Por su parte, las políticas basadas en la salud pública son eficientes, y protegen los derechos humanos de las personas que usan drogas.

2. La desproporcionalidad penal de los delitos de drogas

Los artículos 2 y 4 del Proyecto de Ley 60 de 2018 modifican el Código Penal y crean nuevas hipótesis punitivas en el caso del delito de suministro de drogas a menores (Artículo 381 CP) o aumentan las penas para las circunstancias de agravación punitiva (Art. 384 CP).

Actualmente el delito de suministro de drogas a un menor (Artículo 381 CP) establece una pena de **8 a 18 años**. El PL propone aumentar esta pena en dos años (10 a 20 años) tanto para el mínimo como el máximo en el caso de quien suministre droga a un menor a través de “productos engañosos”. **Es decir, propone un incremento promedio de 18% en las penas (25% para la pena mínima y 11% para la máxima)**. Así mismo, se aumentan las penas de la tercera parte a la mitad cuando la víctima del delito sea un menor de 12 años. Es decir, **las penas en estos casos podrían oscilar entre 10 y 27 años**.

Por su parte, el artículo 4 del PL modifica el artículo 384 del CP que establece las causales de agravación relacionadas con los delitos de drogas. Se crean nuevas causales dentro de las cuales se resalta **“ser extranjero que pertenezca a una organización criminal”** (Numeral 2 Artículo 4 PL). Así mismo, para todas las causales de agravación las penas máximas se aumentan en la mitad. Por ejemplo, una persona extranjera que esté involucrada en el transporte de drogas, coloquialmente llamada *mula*, dependiendo de la cantidad de drogas que transporte podría enfrentar condenas mínimo entre 20 y 45 años. **Lo que representa un incremento del 50% en las penas máximas**.

Así mismo, el artículo 3 del PL crea un nuevo delito denominado **“favorecimiento al tráfico de drogas”** que establece que quien se encuentre a cargo de un establecimiento público, espacio público o abierto al público, permita, promueva o tolere el tráfico o consumo de drogas será condenado a prisión entre **4 y 8 años de cárcel**. Con esta medida se estaría castigando a una persona por la decisión voluntaria de consumir drogas de otra.

Aunque en principio, se podría pensar que el aumento de las penas y la creación de nuevos delitos, puede ser un factor disuasivo para que las personas no cometan estas conductas, la evidencia demuestra que las políticas de mano dura no han sido efectivas en el desmantelamiento de los mercados ilegales de drogas – en 2015 este negocio obtuvo [ganancias por 12.4 billones de pesos y una rentabilidad del 260%](#) - pero sí han generado altos costos individuales y familiares para quienes entran a este negocio por necesidad. Los altos costos sociales de estas medidas se deben a la **desproporcionalidad de las penas** que se imponen en estos casos en comparación con otros delitos, al **perfil de las personas que son criminalizadas**, quienes en su mayoría no tienen roles de liderazgo en las organizaciones criminales y son fácilmente reemplazables, y a la **ausencia de factores atenuantes y acceso a beneficios penales** que sean considerados al momento de tasación de la pena.

Para analizar si las penas son proporcionales o no con el delito que se persigue se debe tener en cuenta el daño que se busca prevenir o sancionar. Este es un punto de análisis clave, pues si el daño que se busca sancionar es muy grave es proporcionado que las penas sean altas, mientras que si los daños son menores las penas severas serían desproporcionadas.

En el caso de la legislación penal colombiana los delitos de drogas buscan sancionar los daños contra la salud pública.

“El presupuesto de la criminalización de estas conductas es entonces que las drogas producen daños a la salud (...) que deben ser evitados y que por tanto, se justifica que las personas que de alguna forma participan en su producción, distribución y tráfico sean castigadas penalmente”⁶. Sin embargo, es necesario preguntarse si las conductas castigadas realmente causan un daño a la salud pública. Por ejemplo, “al transportar alguna cantidad de droga no se causa por ese solo hecho un daño concreto a la salud pública, ni a la salud individual de algún miembro de la comunidad; sólo se genera el riesgo de que se pueda afectar de alguna forma la salud de algún consumidor, si éste voluntariamente decide comprar, consumir la sustancia e incurrir en consumos problemáticos”⁷.

Al comparar las penas por los delitos de drogas con otros delitos graves como el homicidio, la tortura, la violencia sexual, etc., encontramos que las penas de los delitos de drogas tienden a ser en general, iguales o más severas. Esto es inaceptable ética y jurídicamente pues no hay argumentos que permitan sustentar que es más grave transportar drogas para que otra persona las consuma voluntariamente que asesinar a otra persona o abusar sexualmente de ella.

DELITO Según el Código Penal	SANCIONES		
	Penal mínima	Penal promedio	Penal máxima
Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (General)	10 años y 8 meses	20 años y 4 meses	30 años

⁶ Uprimny, R; Guzmán, D y; Parra, J. *Penas Alucinantes: La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*. (2013). Bogotá: Dejusticia.

⁷ *Ibidem*. Página 22

Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Primer límite de acuerdo a la cantidad de la sustancia)	5 años y 4 meses	7 años y 2 meses	9 años
Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Segundo límite de acuerdo a la cantidad de la sustancia)	8 años	10 años	12 años
Homicidio	17 años y 4 meses	27 años y 5 meses	37 años y 6 meses
Tortura (Art. 178)	10 años y 8 meses	16 años y 7 meses	22 años y 6 meses
Acceso carnal violento Art. 205	12 años	16 años	20 años
Concierto para delinquir con fines de narcotráfico (Art. 340 I2)	8 años	13 años	18 años

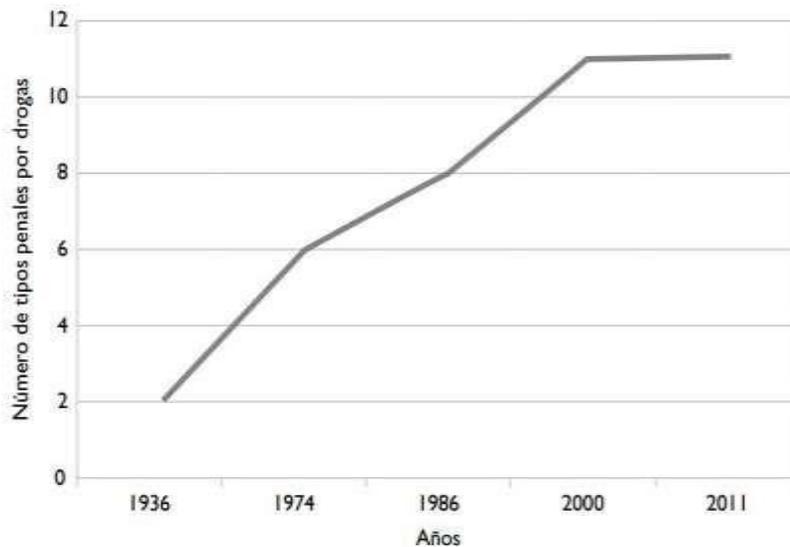
De la tabla anterior se puede concluir que la pena mínima por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en su cantidad más alta es similar a la de la tortura y a la de acceso carnal violento, pero mayor a la pena mínima de concierto para delinquir con fines de narcotráfico que es el delito por el cual se condenaría a miembros de bandas criminales. Así mismo, la pena máxima por el delito de tráfico de estupefacientes es 8 años mayor que la de la tortura, 10 años mayor que la de acceso carnal violento y 12 años mayor que la de concierto para delinquir. **En comparación, con el delito de homicidio que podría ser considerado el más grave, la pena mínima del tráfico de drogas es solamente 38% menor que la de homicidio y la pena máxima 20% menor.**

Si se realiza un análisis del aumento de las penas desde el Código Penal de 1936 a la fecha encontramos que las penas por el delito de tráfico de drogas han aumentado desproporcionadamente en comparación con el delito de homicidio y acceso carnal violento.

En conclusión en Colombia, “existe desproporcionalidad penal en relación con los delitos relacionados con drogas, no solamente porque en principio no causarían un daño directo y concreto (...), sino porque al compararlo con otros delitos que podrían ser considerados de mayor gravedad, salta a la vista que aquellas para los delitos relacionados con drogas son especialmente altas”⁸.

⁸ Ibídem. Página 58

Tendencia de crecimiento de conductas criminalizadas relacionadas con drogas en Colombia



FUENTE: realización propia.

Además de que las penas por los delitos de drogas son desproporcionadas y la política de criminalización no ha resultado eficiente para dismantelar el negocio del narcotráfico. El encarcelamiento y el aumento de penas generan altos costos para el estado y le impide disminuir las tasas de hacinamiento de las cárceles.

De acuerdo con cifras del INPEC a la fecha hay reclusas 24.637 personas por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que representan el **13,4% del total de la población carcelaria**. Por el contrario, sólo hay reclusas 293 personas por el delito de lavado de activos (0,2%). El mantener 24.637 personas en la cárcel implica un gasto aproximado para el estado de 37 mil millones de pesos al mes⁹. Así mismo, el INPEC reporta un índice de hacinamiento de 48.5% a mayo de 2018.

Los aumentos de penas y la creación de nuevos delitos propuestos en el PL 60 reflejan la tendencia de las iniciativas legislativas de los últimos años que tal como lo manifiesta la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013 en su último informe no tienen una comprensión sistemática del sistema penal y van en contravía de las órdenes establecidas en esta sentencia que declaró el estado de cosas inconstitucional en cárceles, como por ejemplo la reducción del hacinamiento a través de la ampliación del acceso a beneficios penales, entre otras medidas¹⁰.

De esta manera, limitar el desarrollo de la política de drogas a un asunto exclusivamente de política criminal y en consecuencia al aumento de los delitos y las penas, no solamente resulta ineficiente pues estas acciones no están dirigidas a perseguir a quienes realmente se lucran del negocio de las drogas, sino que generan altos costos para quienes son criminalizados - por lo general personas en situación de pobreza, con bajos niveles educativos, y escasas oportunidades laborales-, pero que ocupan los niveles primarios de esta economía y por lo tanto su ausencia del negocio no impacta el funcionamiento del mismo y serán fácilmente reemplazados. Así mismo, el Estado debe asumir

⁹ Esta cifra se obtiene de multiplicar el costo promedio de sostener a una persona reclusa en la cárcel (COP 1'500.000 por mes según la [Revista Dinero](#)) por el número de personas detenidas por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (24.637)

¹⁰ Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388. *Respuesta al informe semestral del gobierno nacional al estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario*. (2018). Bogotá. Disponible en: <https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/08/4to-informe-CSS-T388-de-2013-julio-de-2018.pdf>

los gastos de encarcelamiento y enfrentar el hacinamiento carcelario, recursos que podrían estar destinados a mejorar la oferta en educación y salud pública.

3. Perfilamiento de las capturas en la operación policial

Los estudios demuestran que la aplicación de las leyes de drogas recae en mayor proporción sobre poblaciones pobres y con bajos niveles de escolaridad, que recurren a la venta o tráfico de drogas por la falta de oportunidades laborales y de educación.

Así lo revelan el estudio [“Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia”](#) publicado en 2015. Tomando cifras del INPEC y del Ministerio de Justicia, se concluye que quienes tienen mayor vulnerabilidad económica, baja escolaridad y desempeñan tareas logísticas y operativas en la red criminal del narcotráfico, son el principal blanco. **El 79,3% de las personas privadas de la libertad no concluyeron su educación media y el 42% había estudiado máximo hasta la primaria.** Además, de una muestra de expedientes de personas condenadas por tráfico de estupefacientes, analizada por el Ministerio de Justicia, se encontró que sólo el 4% se dedicaba a un oficio en el que ejercía una carrera profesional o estaban estudiando, mientras que la gran proporción (61,7%) se dedicaba a labores informales.

La mayoría de las personas recluidas en la cárcel por conductas de drogas lo están por el delito de tráfico de estupefacientes, sin que se les haya imputado ningún otro delito. Es decir, sólo una fracción muy pequeña de las personas que están en la cárcel por narcotráfico está relacionada con delitos graves como el concierto para delinquir, el homicidio o el porte de armas. Esto indica que la política de drogas, basada en la persecución de usuarios de drogas, correos humanos y otros eslabones débiles de la cadena, ha dado como resultado una carga desproporcionada para las personas más vulnerables. Y, en cambio, no ha impactado a los grandes capos ni a las organizaciones delictivas que controlan las redes de producción, tráfico y distribución.

Esta persecución de los usuarios de drogas, o de los expendedores a menor escala, ha generado además un impacto directo sobre las situaciones de hacinamiento en el sistema carcelario. **Entre 2005 y 2014, se capturaron en Colombia más de 720 mil personas por porte, tráfico o fabricación de drogas, lo que equivale a capturar a 80 mil personas por año o a nueve personas cada hora.** Aunque no todos los casos llegan a ser judicializados, la presión de la política de drogas sobre el sistema penitenciario es evidente. Mientras que entre 2000 y 2015 la población general del país se incrementó en un 19%, la población penitenciaria aumentó un 141% y la población encarcelada por delitos de drogas aumentó un 289%. Esto tiene como resultado que para agosto de 2018 hay un total de 24.637 personas privadas de la libertad por delitos de drogas, según cifras del INPEC¹¹.

Por otra parte, en Colombia no se cuenta con información sobre las prácticas policiales que permita determinar si el patrullaje policial es selectivo, pero la experiencia de otros países sobre la aplicación de las leyes de drogas indica que hay una selectividad en el tipo de poblaciones que se captura y encarcela por delitos de drogas, ya sea a través de un sesgo racial, de género y/o de clase. La información sobre el perfil socioeconómico de las personas sentenciadas por delitos de drogas indica que hay selectividad en las capturas, una selectividad que se enfoca en personas pobres con bajos niveles de educación.

Las medidas que propone el PL-060, en particular las que aumentan las penas para el artículo 376 del Código Penal (Art. 1), así como las que introducen nuevos agravantes para los delitos de tráfico

¹¹ Esta cifra corresponde al total de la población intramural, entre los que hay condenados y sindicados.

(Art. 4), potencialmente recaerán sobre las personas más vulnerables de la cadena del narcotráfico: que se dedican a actividades de baja remuneración y alto riesgo, como la de ser correos humanos, o expendedores en espacios públicos, y son las de más fácil detección y captura para las autoridades y también a los consumidores que portan cantidades superiores a las determinadas en el proyecto de ley aun si estos no tienen ninguna relación con redes de microtráfico. Pero estas actividades son generalmente desempeñadas por personas que tienen bajos ingresos, bajas oportunidades laborales, y además tienen poca información sobre la red criminal para la que trabajan. Ejemplo de ello es el caso de las mujeres encarceladas por delitos de drogas, población que se ha multiplicado en general 5.5 veces frente a un 2.9 en el caso de los hombres. Además, **cinco de cada diez mujeres que están en la cárcel, lo están por delitos de drogas no violentos. De estas mujeres, el 93% son madres y el 52% son madres cabeza de hogar, y el 74% no ha podido concluir el bachillerato.**

4 Dosis mínima, dosis de aprovisionamiento y disposiciones varias del proyecto de ley

El artículo 1 del PL 060 adiciona al artículo 376 del Código Penal 3 párrafos. En el primero de ellos establece un límite a la dosis de aprovisionamiento, concepto que se ha venido construyendo a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. De esta manera, la norma propuesta define la dosis de aprovisionamiento como el doble de lo establecido como dosis mínima de acuerdo a la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes). El PL propone que cuando se supere esta cantidad se interpondrían las penas que establece el tipo penal, sin importar la destinación que se le dé a dichos estupefacientes, afectando así la igualdad de armas y la presunción de inocencia en el marco del proceso penal.

Sustancia	Dosis Mínima (Ley 30 de 1986)	Dosis de aprovisionamiento (PL 060 de 2018)
Marihuana	20 gramos	40 gramos
Marihuana Hachís	5 gramos	10 gramos
Cocaína	1 gramo	2 gramos

Lo que se ha denominado en la jurisprudencia de la Corte Suprema la *dosis de aprovisionamiento* implica que i) se trate de una cantidad superior a la prevista en el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, puede ser levemente superior o superior, dependiendo de las circunstancias del caso; ii) tenga como propósito y objetivo el consumo propio; y iii) que no se presenten evidencias que indiquen la intención de venta, suministro o distribución bajo cualquier título¹².

A pesar de que la Corte no ha argumentado con claridad que la dosis de aprovisionamiento está únicamente autorizada para personas que padecen trastornos debido a su dependencia de las sustancias, en la mayoría de los casos en los que se ha debatido el asunto, la defensa ha presentado dictámenes periciales que muestran “drogodependencia”, “adicción” o “trastornos por consumo” de estupefacientes. De esta manera, una de las sentencias más importantes de la Corte Suprema¹³

¹² Véase por ejemplo las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia: radicado 31351 del 18 de noviembre de 2008 Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Ramírez, radicado 31531 del 12 de noviembre de 2014 Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández y radicado 41760 del 9 de marzo de 2016 Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier.

¹³ La sentencia 41760 de 2016 la Corte Suprema de Justicia discute la responsabilidad penal de un soldado regular, que fue capturado con 50.2 g de marihuana el 27 de octubre de 2011 en las instalaciones del batallón José Antonio Galán

declaró que la dosis personal que genera la tipicidad de la conducta por la circunstancia de la cantidad no es sólo la que se determina en la ley 30, sino también la que se demuestre en el proceso que es necesaria para el consumo de cualquier persona dada su situación de consumo problemático en un periodo corto de tiempo. En el mismo sentido, la última sentencia en materia reiteró la jurisprudencia y afirmó que: “le corresponde al ente acusador probar, como parte de la tipicidad del delito descrito en el artículo 376 del Código Penal, que la sustancia llevada consigo tiene una destinación diferente a la del simple consumo de quien la porta”¹⁴.

Así, el concepto de dosis de aprovisionamiento ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia a partir del análisis de casos de personas que han sido judicializadas por portar sustancias psicoactivas en cantidades superiores a la dosis mínima pero que no tenían la intención de comercializarlas sino de consumirlas. En estos casos, la Fiscalía tiene la obligación de demostrar ante el juez, que la dosis independientemente de su cantidad se porta con el ánimo de comercializar la sustancia. La existencia de un proceso judicial en estos casos, prueba que el concepto de dosis de aprovisionamiento no ha sido utilizado por quienes se dedican al tráfico de drogas para evitar ser criminalizados, tal como lo argumenta la Fiscalía en la exposición de motivos de este proyecto,

Como se explica en la exposición de motivos del PL, la regulación de la dosis de aprovisionamiento da seguridad jurídica tanto a los consumidores como a las autoridades de policía, y evita que los consumidores que porten consigo dosis superiores a la dosis mínima sean judicializados. Sin embargo, el establecimiento de un umbral para la dosis de aprovisionamiento que no tiene en cuenta las prácticas de consumo de los usuarios habituales de drogas y parece no estar sustentado científicamente podría generar en todo caso la criminalización de los usuarios que necesiten más cantidad de la establecida en este umbral. Así, el PL establece una presunción en contra, pues como se afirma en la exposición de motivos *“cualquier cantidad superior a estos mínimos implica una presunción del uso de la sustancia para su comercialización, situación que la convierte en la comisión de una conducta punible”* (Página 6 exposición de motivos PL).

Al respecto, el Colectivo de Estudios Drogas y Derecho en su informe [*“En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina”*](#) documentó que si bien los umbrales limitan la acción punitiva, permiten la criminalización de consumidores cuando las cantidades permitidas son muy bajas.

“El sistema de umbrales predefine una cantidad determinada de las sustancias ilícitas que se presumen para consumo personal. Sin embargo, debido a que en muchos casos dichos umbrales no suelen reflejar la realidad del mercado y las mismas consecuencias de operar en un ámbito prohibicionista, suelen borrar la distinción entre la posesión de estupefacientes para consumo personal y la posesión para venta o comercio. En este sentido, permiten y judicializan la criminalización de consumidores que son detenidos como micro-traficantes por portar dosis superiores a las permitidas (...)

Otro problema con los umbrales es que **no contempla a los consumidores que compran en grupo para limitar el contacto con el mercado ilícito, o de quienes adquieren dosis de aprovisionamiento**. Y, que el modelo está basado en la presunción de culpabilidad de tráfico en

(Socorro-Santander). En el proceso se logró probar que el uniformado tenía problemas de consumo e iba a salir a patrullar al municipio de Coromoro durante algunas semanas, razón por la cual no iba a tener acceso fácil a la sustancia de la cual es un consumidor problemático.

¹⁴ La sentencia 50512 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia recoge el caso de un habitante de calle de la ciudad de Cali que es sorprendido portando 11,8 gramos de cocaína, es absuelto por el juzgado de instancia, condenado por el tribunal de Cali y absuelto por la Corte, gracias al recurso de casación presentado por la Procuraduría. En este, se sostiene que el procesado tenía condiciones de habitabilidad de la calle, a la par de un consumo problemático de la sustancia, además de que la Fiscalía nunca había presentado ningún elemento material probatorio del que se pudiera inferir que la sustancia estaba destinada al tráfico.

casos de consumidores que poseen cantidades superiores al umbral, lo cual viola el principio de presunción de inocencia y se traduce en la práctica a la criminalización de los consumidores” (Negrilla fuera del texto).¹⁵

Respecto a la *dosis de aprovisionamiento como un mecanismo para establecer las diferencias entre el consumidor y el traficante*, la exposición de motivos acude a experiencias de otros países para justificar la regulación de la cantidad de dosis de aprovisionamiento propuesta en el PL. Por un lado, Portugal despenalizó el consumo de todas las drogas en el 2000, apostándole a estrategias basadas en evidencia científica, con impactos sociales claramente positivos, y alejadas de la criminalización. Además, hay que tener en cuenta que países como Holanda y Alemania acompañan la regulación del consumo con políticas de salud pública y de reducción de riesgos y daños que incluyen la implementación de salas de consumo supervisado (SCS).

De acuerdo al Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT)¹⁶, para principios de 2017 funcionaban 90 SCS, distribuidas de la siguiente manera: 2 salas en dos ciudades de Francia, 31 salas en 25 ciudades de los Países Bajos; 24 en 15 ciudades de Alemania; 13 en 7 ciudades de España; 2 en Noruega; y 1 en Luxemburgo; 5 en 4 ciudades de Dinamarca; 12 en 8 ciudades de Suiza. Fuera de Europa existen dos salas en Canadá y una en Australia¹⁷.

Para el caso de Estados Unidos, también citado en el PL, los avances estatales en materia de política de drogas han derivado en la aprobación de pilotos de SCS en los estados de Washington¹⁸ y Maryland¹⁹. Igualmente, en los estados de Nueva York y California se ha venido realizando trabajo legislativo en aras de permitir la instalación de dichos espacios²⁰.

Contrario a las anteriores experiencias que permiten ver un enfoque orientado a la salud pública y los derechos humanos, México no puede ser un ejemplo de país liberal y progresista en cuanto a su política de drogas. Además de no contar con políticas de reducción de riesgos y daños, el consumo sigue siendo un delito de acuerdo a la legislación vigente²¹ y como consecuencia ha aumentado la población y el hacinamiento carcelario por delitos asociados al consumo de SPA y al porte de cantidades mínimas²², situación que se ve reflejada en las cifras, ya que entre enero de 2009 y mayo de 2013, la Procuraduría General de la República (PGR) detuvo 140.860 personas a nivel nacional por consumo de drogas y fueron iniciadas 53.769 averiguaciones previas por consumo en el sistema federal²³. Lo que demuestra el abuso del derecho penal y la vulneración a las garantías del debido proceso legal.

¹⁵ Colectivo de Estudios Drogas y Derecho. (2014) “En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina”. México: CIDE. Página: 174

¹⁶ Observatorio Europeo de las drogas y las toxicomanías (2017) Drug consumption rooms: an overview of provision and evidence. Disponible en:

http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/2734/POD_Drug%20consumption%20rooms.pdf.

¹⁷ Fundación Ideas para la Paz; Elementa. Las Salas de Uso Supervisado ¿Una alternativa para Colombia? Disponible en: <http://www.elementa.co/wp-content/uploads/2017/06/Doc-SUS-Final-3.pdf>.

¹⁸ Katie Zezima (2017) Awash in overdoses, Seattle creates safe sites for addicts to inject illegal drugs. The WashingtonPost. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/politics/awash-in-overdoses-seattle-creates-safe-sites-for-addicts-to-inject-illegal-drugs/2017/01/27/ddc58842-e415-11e6-ba11-63c4b4fb5a63_story.html?utm_term=.059a504fd8f7.

¹⁹ Hannah Klarner (2017) Illicit-drug Use OK in ‘Safe’ Site Under Maryland Bill. U.S. News. Disponible en: <https://www.usnews.com/news/maryland/articles/2017-02-17/illicit-drug-use-ok-in-safe-site-under-maryland-bill>.

²⁰ Fundación Ideas para la Paz; Elementa. Las Salas de Uso Supervisado ¿Una alternativa para Colombia? Disponible en: <http://www.elementa.co/wp-content/uploads/2017/06/Doc-SUS-Final-3.pdf>.

²¹ Ley de Narcomenudeo aprobada en agosto de 2009.

²² Colectivo de Estudios Drogas y Derecho. Legislación de drogas y situación carcelaria en México. Disponible en: <http://www.drogasyderecho.org/wp-content/uploads/2015/03/ss-mexico.pdf>.

²³ Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (2014). Consumo, consumidores de drogas y las respuestas estatales en América Latina. México. Pág. 224-225.

De acuerdo con el parágrafo 3 del artículo 1 del PL, cuando la persona porte cantidades inferiores o equivalentes a la dosis de aprovisionamiento, se entenderá que hay un propósito de comercialización cuando tenga en su poder:

- Cantidades fraccionadas de una misma o más de una sustancia.
- Cantidades de dinero de variada denominación o documentos que permitan inferir la actividad de comercialización.
- Elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados para la elaboración, fabricación, pesaje, almacenaje, empaqueo a escala o distribución de sustancias.

Estas propuestas de reforma al código penal resultan ambiguas e inconvenientes, dado que establecen unos presupuestos fácticos que no permiten inferir claramente la intención de comercialización de sustancias psicoactivas, como tener cantidades de dinero de variada denominación, por lo que esta reforma llevaría a criminalizar a los usuarios de drogas que tienen dinero, lo que raya en lo ridículo o en otras palabras llevaría a la criminalización de todos los usuarios de drogas salvo a los ermitaños. Además, afectan la naturaleza acusatoria del proceso penal, ya que se legislan una serie de indicios que el procesado tendrá que entrar a controvertir, con lo que, de entrada, su judicialización no sería equitativa.

Por otro lado, presumir la intención de comercialización en el caso de que la persona tenga una cantidad menor o equivalente a la dosis de aprovisionamiento pero que la lleve dividida en varias bolsas, por ejemplo, implica que los funcionarios estarían yendo en contra de la presunción de inocencia y asumiendo la intención de comercialización sólo por la existencia de unos elementos de contexto, quedando la judicialización de estas personas sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios. Es decir, los elementos contextuales propuestos en el parágrafo tercero que se pretende adicionar al artículo 376 del Código Penal constituyen una presunción de responsabilidad en contra, que atenta contra la presunción de inocencia y el debido proceso.

4.1 Vulneraciones al debido proceso legal

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que **cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso** en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad²⁴.

La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia -que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución- contienen dicha garantía en términos similares. De esta manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 que “toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Y, a su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Como se deriva de las

²⁴ Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-289 de 2012.

normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por la comisión de un delito hasta el fallo o veredicto definitivo y en firme²⁵.

Los elementos contextuales propuestos en el proyecto de ley implican la presunción de la intención de comercialización de quien porte sustancias psicotrópicas incluso en cantidades inferiores a la dosis de aprovisionamiento, lo cual constituye una clara violación del derecho a la presunción de inocencia, al permitir que se presuma la intención sólo por el cumplimiento de ciertos elementos contextuales, con la excusa de la “protección de la seguridad ciudadana”.

La Corte Constitucional ha afirmado que:

Si bien es cierto que la seguridad de los ciudadanos se ve amenazada por las actuaciones delictivas que puedan realizar algunos de sus miembros, no menos cierto es que la seguridad de los ciudadanos **también se amenaza de modo serio cuando se legitiman sanciones y procedimientos arbitrarios**. En este orden de ideas, la presunción de inocencia no solo es "una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa "seguridad" específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de la específica "defensa" que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo²⁶.

Atendiendo a la protección de la presunción de inocencia, por regla general no es factible presumir una conducta infractora o culpable por el mero hecho de las especiales circunstancias que rodean al sujeto pasivo²⁷. La exposición de motivos se refiere al caso de la tipificación del delito de feminicidio como justificación de la inclusión de estos elementos contextuales en el tipo penal, sin tener en cuenta que se trata de una problemática distinta en la que se justificaron los elementos descriptivos del tipo que potencialmente pueden determinar el elemento de la intención (sin excluir el análisis riguroso correspondiente a la responsabilidad penal), **atendiendo a la dificultad probatoria del delito y a la integración de una perspectiva de género necesaria en la valoración de esta conducta, como una forma de violencia contra la mujer que atiende a condiciones de discriminación estructurales e históricas y que “impone al Estado la carga de adoptar una perspectiva de género en la investigación de estos delitos y violaciones de derechos humanos”²⁸**.

En el caso de la propuesta de regulación a la dosis de aprovisionamiento, la inclusión de elementos contextuales que permitan presumir la intención de comercialización implicaría una peligrosa vulneración a la presunción de inocencia, que como se dijo, dejaría al arbitrio de las autoridades la judicialización, simplemente por asumir la intención de comercialización por la concurrencia de los elementos contextuales. La búsqueda de este tipo de respuestas criminales ambiguas podría resultar en la sanción penal de consumidores de drogas y va en contravía del sentido de la jurisprudencia en materia de dosis de aprovisionamiento que ha seguido la Corte Suprema de Justicia.

Al respecto, el reciente Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de agosto pasado, se dispuso que el derecho a la presunción de inocencia es esencial para que se dé el derecho a un juicio imparcial. En este sentido, se señaló que el uso de presunciones legales en algunos países, según las cuales las personas encontradas con cantidades de drogas por encima de los umbrales especificados o en contextos como por ejemplo la posesión

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-003 de 2017.

²⁷ Biblioteca Jurídica UNAM, La presunción de no responsabilidad, Capítulo primero, 2017. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4662/9.pdf>

²⁸ Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-297 de 2016.

de llaves de un edificio o vehículo donde se encuentran drogas, se presumen culpables de tráfico de drogas, han sido condenadas por revertir la carga de prueba en procesos penales, lo que puede constituir una violación del derecho a un juicio justo²⁹.

4.2 La condición de extranjero como agravante es discriminatoria

En relación con el supuesto agravante para las personas extranjeras que hacen parte de una organización criminal, debe decirse que se trata de una medida claramente discriminatoria que resulta violatoria del artículo 13 de la Constitución Nacional y de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que protegen los derechos y libertades y su ejercicio, de todas las personas sin discriminación incluyendo, la categoría protegida de nacionalidad, así como la igual protección ante la ley.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas³⁰.

Considerar como agravante la condición de extranjero viola las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de no discriminación por motivos de nacionalidad contenida en el artículo 13 de la Constitución. En ese sentido, la pretensión del proyecto de ley de incluir como agravante el carácter de extranjero del autor, ya que esa condición personal no tiene relación alguna con el hecho reprochado³¹. Sobre este punto, en la experiencia comparada, el Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Argentina, en una decisión sobre el caso de una extranjera procesada por un delito relacionado con drogas señaló que:

“Agravar las penas en base a un juicio moral sobre las personas en función de su sexo, religión, nacionalidad constituye una conducta incompatible con el Estado democrático de derecho. Ponderar la nacionalidad de la imputada a los fines de aumentar la pena claramente implica incurrir en un acto discriminatorio, es por ello que propicio su eliminación como agravante”³².

Por tanto, la distinción que se pretende establecer dentro de proyecto de reforma es discriminatoria, ya que es desproporcionada y no guarda una relación razonable con los fines estatales que pretende el proyecto de ley.

4.3 Ambigüedad en algunas de las reformas propuestas por el PL y amplio grado de discrecionalidad policial

²⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Implementación del compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas en relación con los derechos humanos”, A/HRC/39/39, 31 de agosto de 2018.

³⁰ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

³¹ Jallés, J. ¿La condición de extranjero del imputado como agravante?, marzo de 2018. Revista de Derecho Penal y Criminología.

³² Tribunal de Casación Penal, Provincia de Buenos Aires. Decisión de 17 de noviembre de 2016. Disponible en:

<https://cdn.fsbx.com/v/t59.2708->

[21/41813463_499736600500976_4371471800391958528_n.pdf/fallos44608.pdf?_nc_cat=105&oh=10580b76b905da2d3afd90a72f5b68d2&oe=5BA71C1D&dl=1](https://cdn.fsbx.com/v/t59.2708-21/41813463_499736600500976_4371471800391958528_n.pdf/fallos44608.pdf?_nc_cat=105&oh=10580b76b905da2d3afd90a72f5b68d2&oe=5BA71C1D&dl=1)

Algunas de las propuestas en este proyecto de ley contienen disposiciones normativas que se consideran problemáticas debido a su ambigüedad y al alto grado de discrecionalidad que otorgan a los funcionarios de policía y a la Fiscalía. En particular, en lo que concierne a la determinación para definir si hay un propósito para distribuir o comercializar, incluso cuando la persona porte la cantidad definida en el PL como dosis de aprovisionamiento, los numerales del parágrafo 3 del artículo 1 disponen que se presume esta intención cuando la persona posee:

1. Cantidades fraccionadas de una misma o más de una sustancia.
2. Cantidades de dinero de variada denominación o documentos que permitan inferir la actividad de comercialización.
3. Elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados para la elaboración, fabricación, pesaje, almacenaje, empaclado a escala o distribución de sustancias.

Así mismo, el artículo 2 que adiciona el artículo 381 del Código Penal - Suministro a menor - incrementa las penas cuando quien suministre droga a un menor, lo haga a través de “productos engañosos”. Sin embargo, la norma propuesta no establece con claridad a que se refiere cuando se habla de un “producto engañoso”.

Por su parte el artículo 3 del PL propone la creación del delito de favorecimiento al tráfico de drogas según el cual quien, por razón de su actividad, se encuentre a cargo de un establecimiento público o abierto al público, permita, promueva, o tolere el tráfico o consumo de drogas sería condenado entre 4 y 8 años de prisión.

Estos factores violan el principio de legalidad al dejar abierto a la interpretación lo que se pueda considerar por ejemplo qué cantidad de dinero indica la intención de comercialización, cuándo se está frente a un producto engañoso, o qué significa tolerar el tráfico o consumo. Las normas que se introduzcan a un Código Penal deben ser claras, explícitas e inequívocas para permitir que los operadores de justicia puedan identificar las conductas delictivas, y que ello no esté sujeto a su subjetividad.

Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que *“el legislador debe abstenerse de realizar una punición arbitraria, imprecisa, retroactiva o carente de todo bien jurídico a proteger”*³³. Esto implica *“que uno de los límites a la facultad legislativa en materia penal y, en particular, a la potestad para definir los delitos y las penas, es precisamente el principio de legalidad, en virtud del cual las personas solo pueden ser investigadas, acusadas, juzgadas y sancionadas penalmente, por acciones u omisiones constitutivas de delitos que se encuentren previamente establecidos en la ley de manera clara, expresa, precisa e inequívoca”*³⁴. Así, el principio de legalidad *“busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. (...) [L]a abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio, se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria”*³⁵

Al revisar las disposiciones del parágrafo 3 que se pretende adicionar al artículo 376 del código penal (Artículo 1 PL), así como el inciso del artículo del artículo 381 (Artículo 2 PL) y los descriptores del nuevo delito que se pretende crear, “favorecimiento al tráfico de drogas” (Artículo 3 PL), encontramos que dada su ambigüedad constituyen tipos penales abiertos que violarían el principio de legalidad y en consecuencia estarían en contra del derecho al debido proceso.

³³ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-205 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas.

³⁴ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-501 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero.

³⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-121 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Así mismo, la creación del delito de “favorecimiento al tráfico de drogas” hace responsable penalmente a unas personas por las acciones de otras, por ejemplo, por la decisión de consumir drogas, a pesar de que el consumo mismo no está penalizado. Por otro lado, limita las posibilidades de acceso a información y consumo responsable de los usuarios de drogas que acceden en este tipo de espacios a servicios como el análisis de sustancias o el intercambio de jeringas, actividades que estarían penalizadas pues podrían interpretarse como una manera de promover el consumo. Estas prohibiciones debilitan gravemente los limitados programas con enfoque de salud pública que algunos gobiernos locales han puesto en marcha. Son además prohibiciones que pueden impedir la aplicación de un enfoque de reducción de daños para abordar el consumo, enfoque además que ha sido adoptado por el Ministerio de Salud.

Por su parte, el artículo 4 mediante el cual se introducen nuevos agravantes para los delitos del tráfico de estupefacientes, propone aumentos de la pena en circunstancias como la realización de la conducta en un número considerable de espacios públicos. El literal b) del artículo 384 incluye: “centros educacionales, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, medios de transporte, cuarteles, establecimientos carcelarios, puestos de venta fija o ambulantes, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares o en sitios aledaños a los anteriores.”

De nuevo, este amplio listado de lugares donde, en caso de ocurrir el delito de tráfico, se impone un agravante a la pena, da pie para la selectividad y discrecionalidad de la operación policial. Las actividades de la policía tienden a concentrarse en aquellos lugares en los que hay una percepción de amenaza, y son selectivos hacia sectores de la población que son identificados como potenciales delincuentes, personas con “perfiles peligrosos”, a saber, hombres jóvenes y pobres³⁶. Así, la policía tiende a aplicar la ley en ciertos sectores de la ciudad donde abundan estos “perfiles peligrosos”.

El consumo y tráfico de drogas está presente en todos los estratos socioeconómicos, por tanto, esta selectividad no tiene una justificación fáctica. Pero en efecto, la Policía reacciona distinto frente a las situaciones de consumo en estratos medios y altos, reconociendo que cuando se encuentran con consumo en espacio público en estos sectores de la ciudad, dejan a las personas “seguir su camino”, por considerar que son “personas de bien”³⁷.

Se puede prever entonces que la aplicación de la ley se concentre en los lugares donde se perciba que hay potenciales delincuentes, haciendo entonces una selectividad de clase en la sanción y represión del Estado.

4.4 El proyecto de ley crea un tipo penal en blanco sin ninguna referencia normativa existente

El párrafo dos del artículo 1 del PL faculta al Consejo Nacional de Estupefacientes para adicionar sustancias y definir dosis mínimas. Sin embargo, podría llegar a ser riesgoso que se le conceda la facultad de intervenir tipos penales a un organismo cuya conformación está suscrita 100% al poder ejecutivo. Si bien reconocemos que es importante tener la capacidad de regular las nuevas sustancias psicoactivas y su consumo, la actual conformación del CNE podría dar lugar a que se disminuyan las dosis actuales, sin ningún tipo de respaldo técnico o científico, a tal punto

³⁶ Julieta Lemaitre y Mauricio Albarracín. 2011. “Patrullando la dosis mínima”. Políticas de drogas en Colombia: Éxitos, fracasos y extravíos. Ediciones Uniandes. Bogotá.

³⁷ *Ibidem*. Página 255.

que se pongan en riesgo no solo la separación de poderes en materia de regulación penal, sino los derechos fundamentales de las personas que consumen drogas.

Conclusiones:

1. La definición de límites a la dosis de aprovisionamiento no presenta beneficios para las personas que usan drogas, pues aun cuando establece cantidades más altas que se excluyen de la esfera de la penalización, la imposición de este tipo de umbrales ha demostrado ser riesgoso en su aplicación. Además, es una medida mediante la cual la Fiscalía invierte la carga de la prueba exculpándose de cumplir con sus funciones que consisten justamente en probar la intención de venta o comercialización.
2. Algunas de las propuestas del PL son ambiguas y dejan un amplio grado de discrecionalidad a los funcionarios, lo que va en contra del principio de legalidad.
3. Las propuestas del Art. 1, parágrafo 3, se fundamentan en elementos contextuales que pueden ir en contravía de la presunción de inocencia y el principio de igual de armas en el marco del proceso penal.
4. El aumento de penas y la creación de nuevos delitos va en contravía de las recomendaciones de la Corte Constitucional y el Consejo Asesor de Política Criminal, y puede redundar en el empeoramiento del hacinamiento carcelario.