

Relatos del prohibicionismo: un análisis de la proporcionalidad concreta de las penas de los actores del narcotráfico en Colombia durante el siglo XXI

Prohibitionist stories: an analysis of the specific proportionality of punishment of drug trafficking in Colombia actors during the XXI century

DAVID LEONARDO FILOMENA VELANDIA¹

Resumen

El presente trabajo compila la información de 114 sentencias de la Corte Suprema de Justicia con el objetivo de calcular la proporcionalidad concreta -vista por Ferrajoli como la cantidad de tiempo que imponen los jueces como pena y cuanto de este lapso es efectivamente cumplido por el condenado- de los actores del narcotráfico en Colombia. La información obtenida permite evidenciar el promedio de las penas y de las multas aplicadas a todos los actores de la cadena de valor del narcotráfico. Como resultado de esta investigación no solo se refuerza la hipótesis de que las penas aplicadas a los actores del narcotráfico son desproporcionadas, también se observa que se están aplicando penas más gravosas a actores marginales de la cadena operativa en comparación con los altos mandos. A modo de conclusión se muestra una propuesta de reforma típica de los artículos 375, 376, 377 y 384 del Código Penal.

1 Abogado y estudiante de antropología de la Universidad de Los Andes. Diplomado en drogas, derechos humanos y salud pública del CIDE de Aguascalientes, México. Actualmente hace parte de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia y del Derecho trabajando en el área de proporcionalidad de la pena. El presente texto es la tesis por la que optó por el título de abogado en el año 2016, la directora fue la profesora Yamila Fakhouri y el calificador fue el profesor Ricardo Posada Maya. Se puede contactar al siguiente correo electrónico: davidfilomenav@gmail.com.

Palabras clave

Narcotráfico, proporcionalidad de la pena, proporcionalidad concreta.

Abstract

This paper shows the analysis of 114 decisions of the Colombian Supreme Court respect to drug trafficking. The goal of this work is to calculate the concrete proportionality, seen by Ferrajoli as the length of time of the judicial sentences and how much of this time is effectively served by the convicted. The information obtained exhibits the average length (in months) of the sentence and the average amount of the fine (in terms of the Colombian minimum salary). The result of the investigation not only reaffirms the hypothesis about the disproportionality of the sentences related to drug trafficking, it also shows that the sentences than some marginal actors are receiving are higher than the ones who leaders receive. As a conclusion, a proposed reform of articles 375, 376, 377 and 384 of the penal code will be presented.

Keywords

Drug trafficking, proportionality, concrete proportionality.

Sumario

1. Introducción 2. Proporcionalidad penal 2.1. Proporcionalidad abstracta de las penas del narcotráfico 3. Proporcionalidad concreta de las penas impuestas a los actores del narcotráfico 3.1. Portadores de estupefacientes 3.2. Dosis de aprovisionamiento 3.3. Presunción de inocencia y cadena de custodia 3.4. Cultivadores, elaboradores y dueños de cultivo 3.5. Problemas dogmáticos relacionados con concursos 3.6. Problemas dogmáticos relacionados con la autoría 3.7. Transportadores 3.8. Correos humanos 3.9. Poseedores 3.10. Expendedores 3.11. Distribuidores o "narcomayoristas" 3.12. Narcominoristas "jibaros" 3.13. Cargos administrativos 3.14. Problemas en la autoría 3.15. Problemas concursales 3.16. Blanqueadores de dinero del narcotráfico 4. Conclusiones 5. Recomendación de reforma típica. Anexos.

1. Introducción

La guerra contra las drogas fracasó y la comunidad internacional lo está comenzando a reconocer². El *homo sapiens* consume y consumirá sustancias psicoactivas en cualquier latitud del globo terráqueo³. La utopía de un “mundo sin drogas” implementada por medio de la Convención Única de Ginebra es imposible de conseguir. Así mismo, la política criminal que esta convención patrocinó ha sido extremadamente costosa en términos humanos y económicos. Un porcentaje significativo del presupuesto de los Estados se ha invertido en combatir la producción y el consumo de drogas sin resultados favorables. En el caso colombiano el costo ha sido de 8000 millones de dólares entre 1995 y 2009, según cifras del Ministerio de Justicia⁴. Es más, en los últimos años los costos circundantes a la criminalización del narcotráfico han aumentado; en especial, los referentes a la manutención de las personas privadas de la libertad por los delitos en contra de la salud pública, que en Colombia suman el 13% del total de la población carcelaria⁵. Por ello, las dinámicas geopolíticas han dado un vuelco, y varios presidentes de la región, dentro de ellos Juan Manuel Santos, han reconocido la necesidad de repensar el modelo actual de lucha contra las drogas.

La regulación del consumo de sustancias psicoactivas en términos punitivos es un problema que le compete tratar a cualquier Estado de Derecho. La respuesta estatal puede ser prohibicionista en extremo, prescribiendo la pena de muerte para traficantes —el caso chino⁶— o regulacionista, como la República del Uruguay —en la cual el Estado asume el monopolio de producción y distribución de psicoactivos

2 Esta afirmación puede ser constatada en el espectro geopolítico americano en el que los presidentes han afirmado en reiteradas ocasiones la necesidad de repensar la lucha contra las drogas en espacios oficiales, tal como en la cumbre de las Américas o en el seno de la Organización de los Estados Americanos. Así mismo, en el año 2016 se llevó a cabo el UNGASS en Nueva York en el que varios mandatarios, dentro de ellos Juan Manuel Santos y Evo Morales, fueron promotores de asumir un enfoque de salud pública y de DDHH para combatir el consumo de drogas.

3 ANTONIO, ESCOHOTADO, *Historia de las drogas*, Tomo I, Madrid, Alianza editorial, 1989, p. 19.

4 Redacción nación, “más de 8.000 millones de dólares le ha costado la guerra contra las drogas a Colombia”, *Revista Semana*, 15 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/mas-us8000-millones-ha-costado-colombia-guerra-contra-drogas/249417-3>

5 Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. *Informe estadístico enero de 2015*. (Bogotá, 2015). Disponible en: http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Informes%20y%20Boletines%20Estad%EDsticos/INFORME%20ENERO%202015%201_0.pdf

6 Redacción internacional, “China, muy drástica con el narcotráfico”, *El Espectador*, 15 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/china-muy-drastica-el-narcotrafico-articulo-284758>

(cannabis)⁷-. El caso colombiano es interesante en extremo para analizar, ya que se encuentra en un punto medio en términos estructurales: penas altas para las conductas conexas al tráfico, pero sin ningún tipo de penalización para el consumo de la dosis personal, una isla de legalidad en un océano de ilegalidad, lo que se traduce en vulneraciones sistemáticas de derechos humanos a los consumidores de sustancias psicoactivas y en penas desproporcionalmente elevadas para los operadores marginales de la cadena del narcotráfico.

El presente texto se cuestiona sobre la proporcionalidad concreta, el valor numérico de la pena impuesta por los jueces, de las penas aplicadas a los actores del tráfico de estupefacientes en Colombia. Esta información es importante, puesto que la doctrina colombiana solo ha valorado a profundidad la proporcionalidad abstracta, es decir la comparación frente a otras conductas punibles de bienes jurídicos que lesionan intereses de valor similar para la sociedad⁸. Para responder dicha pregunta se procederá de la siguiente manera. En primer lugar, se discutirá brevemente el concepto de proporcionalidad abstracta y concreta según los postulados de Ferrajoli y su aterrizaje en Colombia en materia de drogas realizado por Uprimny, Guzmán y Norato dentro de su trabajo, en especial en el libro *penas alucinantes, la desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*⁹.

Luego, se mostrarán los resultados del análisis de 114 sentencias de la Corte Suprema de Justicia en materia de narcotráfico. Esta pesquisa se realizó para encontrar una muestra que arrojara información sobre las penas impuestas a los actores del narcotráfico de manera diferenciada, con el objetivo de concebir éstos grupos como categorías de análisis. En esta sección se elucidaran las penas promedio en meses y la multa promedio en SMLMV, para los portadores –aplicación de verbo rector llevar consigo-, los trabajadores de cultivo –los individuos encargados de recolectar la hoja de coca-, los *narcomenudeadores* -vendedores minoristas de estupefacientes-, los correos humanos –también se aplica el verbo rector llevar consigo, pero esta

7 La ley 19.172 de 2013 de la República Oriental del Uruguay establece el marco jurídico aplicable dirigido al control y regulación, por parte del Estado, de la importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización, distribución y uso de la Cannabis y sus derivados.

8 Si bien el capítulo 4 del libro *Penas alucinantes, la desproporción de la penalización de las drogas en Colombia* se denomina: “Análisis de la proporcionalidad concreta: política de drogas, judicialización y sistema carcelario” los autores no muestran ningún resultado numérico, se limitan a exponer la proporcionalidad a través de la identificación del impacto que tienen estas políticas en el sistema judicial y en el sistema carcelario. No se cumple con la definición de proporcionalidad concreta dispuesta por FERRAJOLI, en el sentido en que no se elucida la pena impuesta por los jueces, ni la efectivamente cumplida por los condenados.

9 RODRIGO, UPRIMNY; DIANA, GUZMÁN; JORGE, PARRA, *Penas alucinantes, la desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2013.

vez hay finalidad de exportación del estupefaciente-, los dueños de cultivos ilícitos –los empleadores de los cultivadores-, los transportadores de carga –se imputa el verbo rector transportar-, los *narcomayoristas* –venden estupefacientes en grandes cantidades-, los blanqueadores de dinero proveniente del mercado de las drogas y los *cargos administrativos* del narcotráfico –se concursa junto con concierto para delinquir y su amalgama de funciones va desde preparar los correos humanos, hasta facilitar el paso de droga en aeropuertos-. Como se puede observar, la anterior enumeración se encuentra ordenada de la conducta menos gravosa a la más nociva para la sociedad. Sin embargo, de manera sorpresiva, las penas impuestas por los jueces colombianos no se encuentran alineadas con este patrón.

De igual forma, se analizarán las sentencias que muestran las deficiencias dogmáticas contenidas en los artículos 375, 376 y 377 del Código Penal (en adelante, CP) en relación con la observancia armónica de la teoría del delito. Los dos criterios de análisis más recurrentes son la autoría y los concursos por ser los que más discrepancias suscitan. Así mismo, se hablará de la dosis de aprovisionamiento en el marco de la antijuricidad. También, se mostrarán las incoherencias de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) en algunas de sus providencias, puesto que hay disparidad de interpretaciones para casos similares dentro de sus sentencias, con lo que no se cumple con una de las funciones primordiales de la instancia de casación, unificar la jurisprudencia nacional.

Por último, se mostrará una recomendación de estructura típica para penalizar las conductas conexas al narcotráfico. Esta será más acorde a los principios de proporcionalidad y lesividad del derecho penal y tendrá en cuenta la manera en que cada actor lesiona el bien jurídico protegido para imponer la respectiva sanción. En caso de que se llegara a aplicar en Colombia, permitiría oxigenar el sistema carcelario de dos formas. En primer lugar, por aplicación del principio de favorabilidad saldrían de los centros de reclusión cientos de personas cuya conducta no representa un peligro para la sociedad (raspachines, portadores, *narcomenudeadores* y correos humanos). En segundo lugar, esta reducción se mantendría constante en el tiempo, porque la redacción típica contemplaría que los sujetos que ejecutan conductas marginales en la cadena operativa del narcotráfico accedieran a mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, desde el momento de la individualización de la pena.

2. Proporcionalidad penal

Por paradójico que parezca, el garantismo penal -visto como la limitación del poder punitivo del Estado- tiene su origen histórico en la retribución¹⁰. Esta acción,

10 LUIGI, FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 362.

que tiene su piedra angular en la venganza, solo se encuentra motivada por una acción previa, en caso de que ésta acción sea inexistente, la retribución no tendrá justificación y por lo tanto se constituirá en ofensa. Tras el advenimiento del Estado moderno, la ley estableció las ofensas y la pena cumplió el papel de la retribución. De allí la naturaleza consecuencialista y disuasoria de ésta, actuaba en el cuerpo del reo y en la psique de la sociedad. Sin embargo, con la llegada de la ilustración se hizo imperativo dotar de racionalidad esta acción, valorar la ofensa en términos cuantitativos para de este modo gestionar un castigo que fuese equivalente a la ofensa no en términos naturales sino en términos convencionales¹¹. De esta necesidad surge la prisión como forma de castigo y la proporcionalidad como concepto para cualificar las penas. Empero, fijar objetivamente una sanción con base a la mera existencia de un delito es problemático, puesto que el delito opera en planos cualitativos, afecta intereses y bienes concretos cuya representación cuantitativa es difusa, aún hoy en día es difícil fijar el precio de una vida.

Para sortear dicho inconveniente, puesto de plano por Bentham, Ferrajoli crea un modelo en el cual la proporcionalidad de una pena se fija en tres momentos. La primera hace referencia a la predeterminación del legislador de las penas mínimas y máximas para cada conducta punible, la segunda de la determinación de la pena realizada por el juez para cada caso en concreto y la tercera a la ejecución efectiva de la pena¹². El primer criterio ha sido también denominado proporcionalidad abstracta, mientras que el segundo y el tercero se pueden agrupar en el concepto de proporcionalidad concreta¹³.

2.1 Proporcionalidad abstracta de las penas del narcotráfico

Para la proporcionalidad abstracta, Ferrajoli desarrolla dos criterios adicionales. El primero es que la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena, un presupuesto basado en el utilitarismo de Bentham y de Hobbes¹⁴. Mientras que el

11 Según FERRAJOLI este raciocinio proviene de la idea iusnaturalista de que la pena debe igualar al delito y consistir por tanto en un mal de la misma naturaleza e identidad y el tránsito hacia la determinación consensual de la proporcionalidad de la pena está mediado por las críticas de Diderot. *Ibidem*, p. 388.

12 *Ibidem*, p. 399.

13 Estas conceptualizaciones no fueron hechas directamente por FERRAJOLI, pero la doctrina las ha clasificado de esta manera adjudicándoselas al autor italiano. Véase por ejemplo en: GLORIA, LOPERA, *Principio de proporcionalidad y ley penal.*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Culturales, 2006, página 175 y en UPRIMNY, RODRIGO; GUZMÁN, DIANA Y NORATO, JORGE. *Penas alucinantes, la desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*, cit., p. 50.

14 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, cit., p. 401.

segundo alude a que la pena no debe superar la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas¹⁵. Además, otra forma de analizar la proporcionalidad abstracta es compararla con otros tipos penales que agredan bienes jurídicos de naturaleza similar¹⁶. Frente al primer criterio expuesto por Ferrajoli, Uprimny, Guzmán y Norato cuestionan que es imposible delimitar los mínimos punitivos para el porte, el tráfico y la producción de estupefacientes puesto que no existe una lesión concreta a un bien jurídico que posea un sujeto determinado.

Sin embargo, si se sigue con esta interpretación no se podría fijar ningún mínimo proporcional para ningún tipo de peligro en abstracto o para ningún tipo en que el sujeto pasivo sea el Estado. Si bien la argumentación de los autores puede tener algo de eco en el caso de las conductas relacionadas con el narcotráfico, cuyo bien jurídico tutelado puede tener un carácter difuso, no tendría aceptación alguna en las conductas necesarias para desplegar el terrorismo, el espionaje o el prevaricato, que tampoco exigen ningún tipo de lesión a ningún sujeto determinado para configurarse. Entonces, esto nos lleva a concluir que la ausencia de lesión concreta en un sujeto no es un criterio determinante para fijar el mínimo proporcional de una pena.

Teniendo en cuenta las dificultades de esta interpretación, incluso narradas por Ferrajoli, los autores mencionan que se debe primar el segundo criterio expuesto, el que hace referencia a que: “la pena no debe ser más gravosa que las acciones que tomaría la sociedad para retribuirse el daño causado por la acción del sujeto”¹⁷. De allí, con el mismo razonamiento, concluyen que con base a que no existe ningún sujeto determinado que se vea afectado por estas conductas, y que en virtud de la ambigüedad del bien jurídico salud pública, la sociedad no se tomaría el trabajo de reprimir a una persona que consume, porte o trafique algún tipo de droga ilícita, por lo tanto, que cualquier tipo de condena que la ley establezca como sanción es desproporcional¹⁸.

Esta conclusión es problemática por las siguientes razones. En primer lugar, cómo se explicó anteriormente, ningún tipo de peligro en abstracto trae consigo

15 Ibídem, p. 399. Además, véase en UPRIMNY, RODRIGO; GUZMÁN, DIANA Y NORATO, JORGE, *Penas alucinantes, la desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*, cit., p. 50.

16 En perspectiva regional puede verse la evolución de la proporcionalidad abstracta en Latinoamérica en: UPRIMNY, RODRIGO; GUZMÁN, DIANA Y NORATO, JORGE, *La adicción punitiva, la desproporción de leyes de drogas en América Latina.*, Bogotá, De Justicia, 2012.

17 UPRIMNY, RODRIGO; GUZMÁN, DIANA, Y JORGE, NORATO, *Penas alucinantes, la desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*, cit., p. 51.

18 Ibídem, p. 52.

una lesión a un individuo determinado, lo que no implica que alguna conducta pueda llegar a lesionar a un sujeto¹⁹. En segundo lugar, pese a la ambigüedad del bien jurídico tutelado, la sociedad está en la capacidad, y lo ha hecho en continuas ocasiones, de castigar por su propia cuenta el tráfico de estupefacientes. Los grupos de limpieza social, siempre amenazan a los jibaros y a los consumidores de estupefacientes, –viciosos- dentro de sus panfletos amedrentadores²⁰. Del mismo modo, en ciertas circunstancias es innegable que estas conductas causan el estupor necesario como para que exista una repercusión por parte de la sociedad. Tal es el caso de los sujetos que comercializan estupefacientes a menores de edad o por medio de menores de edad²¹. Partir del desconocimiento por parte de la sociedad de los valores que protege el bien jurídico salud pública, para concluir que por esta razón no se persigue el porte y comercialización de estupefacientes, es desacertado e incluso contrario a la evidencia de la persecución de grupos delincuenciales como las Águilas Negras. Además, el concepto de bien jurídico erige sus pilares en los valores que la sociedad intenta proteger. Sin embargo, estos valores no son unívocos ni homogéneos, por lo que en algunos contextos la venta de estupefacientes no amerite una respuesta social, pero en otros puede degenerar en acciones en contra de quien ejecuta el acto.

Ahora bien, el tercer criterio que Ferrajoli enuncia para describir la proporcionalidad de una pena está relacionado con la comparación de ésta con otras conductas punibles²². De nuevo, los autores traen a colación una comparación de

19 Un caso que ejemplifica esta situación es la muerte del tecladista de los *Smashing Pumpkins* Jonathan Melvoin a causa de una sobredosis de heroína consumida junto con el baterista de la banda Jimmy Chamberlin. Si bien este último no planeó este resultado, ni tampoco enfrentó ningún proceso penal a causa de la muerte de su compañero, si afrontó cargos por posesión de drogas. En este caso de manera indirecta la posesión -que afecta a la colectividad- trajo como resultado la muerte de un sujeto. De allí la importancia de los tipos de peligro en abstracto, en especial cuando se trata de sustancias tan delicadas como la heroína. Véase en: Brian Wawzenek, 20 Years Ago: Jonathan Melvoin Dies, Jimmy Chamberlin Overdoses on Smashing Pumpkins Tour, *The diffuser*, Julio 11 de 2016. Disponible en: <http://diffuser.fm/melvoin-chamberlin-smashing-pumpkins/>

20 Ver anexo 11. En el panfleto del anexo se evidencia la amenaza a un grupo de jóvenes de La Virginia, Risaralda por consumir estupefacientes en la vía pública. Días después Gonzalo Alberto Román, identificado como “mono” en el panfleto, es asesinado en el Barrio San Carlos, del mismo municipio. Sección judicial, “Estaba en la lista de las águilas negras”, *El diario*, 12 de junio de 2009. Disponible en: <http://www.eldiario.com.co/seccion/JUDICIAL/estaba-en-la-lista-de-guilas-negras090611.html>

21 Redacción sucesos, “las gordas usaban a sus hijos para vender las drogas”, *La Patria*, junio 18 de 2016. Disponible en: <http://www.lapatria.com/sucesos/las-gordas-usaban-sus-hijos-para-vender-la-droga-288375> Si se lee con atención este caso y cualquier sujeto se da cuenta de la situación, tomará represarías inmediatas en contra de los expendedores de estupefacientes.

22 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, cit., p. 402.

normas que es bastante ilustrativa. La pena mínima para el tipo contenido en el artículo 376 resumido como porte, tráfico o fabricación de estupefacientes es de 128 meses —en caso de que la cantidad de la sustancia oscile entre los 10 y los 1000 kg de marihuana, los 3 kg y los 100 kg de hachís, los 2 y los 5 kg de cocaína, y los 60 gr y 2 kg de sustancias derivadas de la amapola²³—; mientras que la pena mínima de otros delitos con mayor nocividad social como las lesiones dolosas con pérdida anatómica de órgano es de ocho años, la de la tortura es de 10,6 años, o la de los actos sexuales violentos es de ocho años también²⁴. Esta comparación nos permite ver que las conductas conexas al narcotráfico son más duramente castigadas que otras que afectan bienes más preciados de la sociedad, tal como la integridad física y la integridad sexual.

En resumen, los autores llegan a la conclusión de que al no existir una lesión material en un sujeto concreto y con base a la naturaleza ambigua del bien jurídico protegido, cualquier pena es desproporcional a esta clase de punibles²⁵. Esta afirmación es apresurada e incluso irresponsable. Es acertado afirmar que las penas descritas en los artículos 375 y 376 son altas en comparación con otros punibles que afectan bienes jurídicos más preciados para la sociedad, de lo que se puede inferir su desproporcionalidad. Además, que el legislador se ha ensañado en aumentar gradualmente las penas para estos delitos, tanto así que ninguna conducta, por inocua que parezca cumple con los requisitos objetivos para hacerse acreedora de un subrogado penal²⁶, tal es así que las cárceles están repletas de jibaros de poca monta y de consumidores y adictos cuyas conductas no aportan un peligro significativo a la salud de la colectividad. Pero, de allí a afirmar que ninguna de estas conductas merezca pena alguna, siquiera de naturaleza administrativa, hay una distancia que la retórica no permite cubrir.

23 Esta acotación es realizada para diferenciar el tipo con las atenuantes que disponen una pena menor y la aplicación de la agravante del tipo 384 que dispone una pena mucho mayor debido a la cantidad de sustancia estupefaciente encontrada.

24 UPRIMNY, RODRIGO, GUZMÁN, DIANA Y NORATO, JORGE, *Penas alucinantes, la desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*, cit., p. 54.

25 *Ibidem*, p. 52.

26 Expresamente el artículo 68A del Código Penal proscribía que cualquier delito relacionado con el tráfico de estupefacientes no puede hacerse acreedor de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad. La Corte Constitucional ha señalado que la función de los subrogados es remplazar una pena restrictiva por una más favorable con el “objetivo de humanizar el derecho penal y la motivación para la resocialización del delincuente”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-035 del 28 de enero de 2013. Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

3. Proporcionalidad concreta de las penas impuestas a los actores del narcotráfico

A diferencia de la proporcionalidad abstracta, la proporcionalidad concreta se mide en razón de las penas impuestas por los jueces y las efectivamente cumplidas por los condenados. En la obra de Uprimny, Guzmán y Norato no se investiga la proporcionalidad concreta de los artículos 375 y 376 en función a que el Consejo Superior de la Judicatura no tenía este tipo de datos²⁷. Para sortear dicho inconveniente, por lo menos en cuanto a las penas impuestas, y para contribuir a la investigación sobre el principio de proporcionalidad en el marco de las conductas relacionadas con el narcotráfico se diseñó la siguiente metodología.

En virtud de que la Gaceta de la CSJ tiene información de todos los casos que llegan a casación, se realizó una pesquisa en la herramienta digital con los siguientes criterios: plantaciones, estupefacientes, lavado de activos, raspachines, cocaína, coca, amapola, éxtasis, bazuco, mulas, narcotraficantes, drogas, marihuana, MDMA, heroína, cultivadores y LSD; lo que arrojó como resultado una muestra de 11.730 providencias desde el 1 de enero del 2000 hasta el 10 de julio de 2015. Lo ideal hubiera sido revisar todas y cada de una de ellas, pero por razones temporales esta tarea fue imposible. Se analizaron todas las sentencias de los siguientes criterios: plantaciones, raspachines, cocaína, éxtasis, bazuco, mulas, MDMA, LSD, cultivadores y heroína y se revisaron las 100 primeras sentencias de los demás criterios. Lo que dio un resultado de 1025 sentencias revisadas.

De esta muestra fueron leídas a profundidad 114 providencias, con el objetivo de decantar la información alrededor de los distintos roles que existen en la cadena de valor del narcotráfico para buscar la pena específica impuesta sobre los siguientes actores: los trabajadores de cultivo –los individuos encargados de recolectar la hoja de coca-, los portadores –los que portan más de la dosis personal, independientemente de su finalidad-, los *narcomenudeadores* -vendedores minoristas de estupefacientes-, los correos humanos –también se aplica el verbo rector “llevar consigo”, pero esta vez hay finalidad de exportación del estupefaciente-, los dueños de cultivos ilícitos –los empleadores de los trabajadores de cultivo-, los transportadores de carga –los sujetos encargados de movilizar el estupefaciente dentro del país-, los *narcomayoristas* –vendedores de estupefacientes en grandes cantidades-, los lavadores de dinero proveniente del mercado de las drogas ilícitas y los *administrativos* del narcotráfico –se concursa junto con concierto para delinquir y

27 UPRIMNY, RODRIGO; GUZMÁN, DIANA, Y NORATO, JORGE, *Penas alucinantes, la desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*, cit., p. 61.

su amalgama de funciones va desde preparadores de mulas, hasta miembros de las fuerzas armadas que facilitaban el paso de droga-.

Para garantizar la objetividad de la investigación se eliminó el 20% de las sentencias en los actores en los que se habían encontrado más de 20 muestras. No se tomaron en cuenta las sentencias cuyos números de radicado finalizaban en 9, 3, 0 y 7. Lo que arrojó un universo de 5 sentencias para los correos humanos, 13 sentencias para los poseedores, 15 sentencias para los transportadores, 20 sentencias para los expendedores, 24 sentencias de portadores, 45 solicitudes de extradición por tratarse de traficantes multinacionales, 8 de cultivadores y dueños de cultivo, 15 de cargos administrativos del narcotráfico, y 10 de blanqueadores de activos, lo que da un gran total de 114 sentencias analizadas a profundidad. A continuación, se mostrarán los resultados de cada actor por separado, resaltando las cuestiones más importantes para cada grupo de casos y recogiendo las acotaciones jurisprudenciales más interesantes.

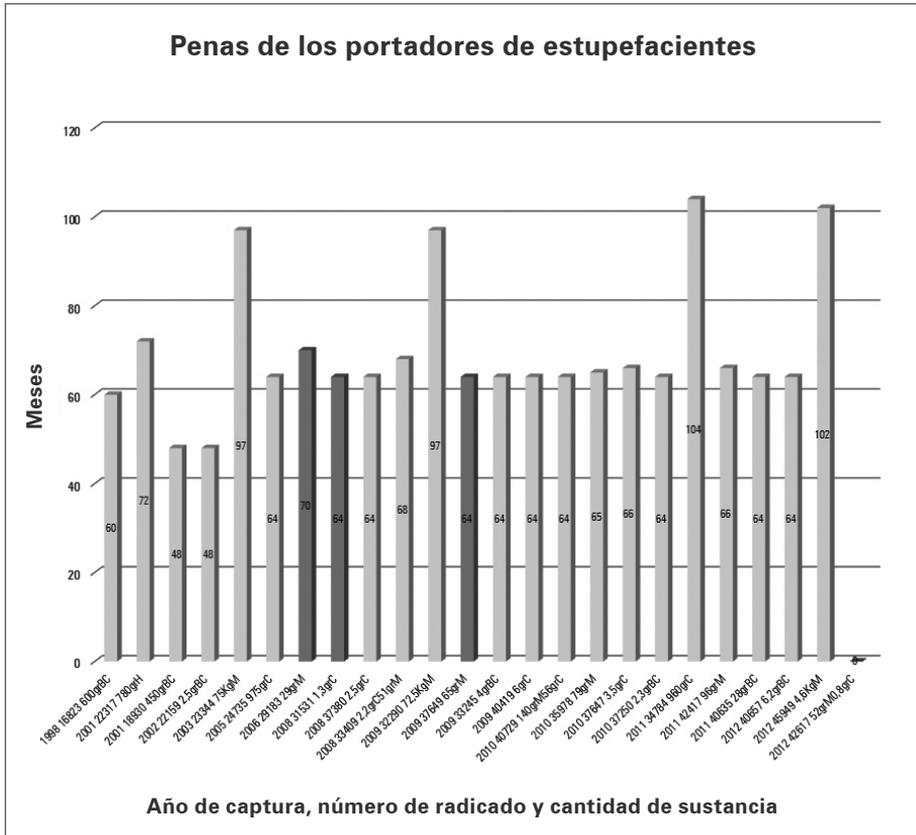
Por último, se mostrará el comparativo del promedio de las penas de los actores del narcotráfico para denotar la mala construcción dogmática de los tipos penales que castigan estas conductas. De entrada, es pertinente aclarar que los promedios de las penas se realizaron con base en la pena estipulada en el CP, ya que en muchos de los casos los individuos aceptan su responsabilidad penal en sede de la audiencia de formulación de imputación, lo que representa rebajas importantes en estos promedios²⁸.

3.1 Portadores de estupefacientes

Este es el eslabón de la cadena mercantil del narcotráfico más cercano al consumo, ya sea porque en algunos casos los capturados tenían destinado para uso propio la sustancia incautada, pero la cantidad superaba ostensiblemente la dosis personal, o porque se presupone el porte de la sustancia para venderla o distribuirla en una escala minorista. En todos los casos, las capturas se dieron por labores de vigilancia de la policía o por requisas ocasionales, lo que nos permite inferir que no existió ningún tipo de investigación y por lo tanto no hay ninguna forma precisa de probar que la sustancia estaba destinada a comercializarse. En la mayoría de los casos se trata de marihuana, cocaína o bazuco (base de coca BC en la gráfica). El verbo rector aplicado siempre es *llevar consigo*, puesto es el que condensa la naturaleza de

28 Cabe anotar que en los delitos relacionados con drogas la tasa de condena con respecto a los ingresos es mucho más alta que en otros delitos. 25.9% en comparación del 5.1% de los homicidios dolosos o el 0,6% de las lesiones personales. Véase en: GARCÍA, MAURICIO; ESPINOSA, JOSÉ; JIMÉNEZ, FELIPE, *Instituciones y narcotráfico, la geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia.*, Bogotá, DeJusticia, 2013, p. 18.

la conducta desplegada. La pena promedio para un portador de estupefacientes es de 66,77 meses con muy poca desviación estándar, mientras que la multa promedio es de 63,90 SMLMV (ver anexo 1) con gran desviación estándar, ya que los casos en que se captura a los sujetos con 4.6kg y 75kg de marihuana disparan el promedio de las multas impuestas. Sin estas dos providencias el promedio sería de 11,10 salarios mínimos, lo que resulta más coherente con todos los otros resultados.



Fuente: Realización propia con base en el libro de códigos (anexo 13)

Dentro de las sentencias analizadas hay cinco que vale la pena retomar por su alto contenido dogmático y porque permiten trazar la postura de la Corte Suprema de Justicia alrededor de la materia. De igual modo, se trajo a colación la última providencia que trata el tema -no se encuentra en la gráfica- en virtud de que existe un cambio jurisprudencial en el tratamiento de la dosis de aprovisionamiento.

3.2 Dosis de aprovisionamiento

Las dos primeras son las sentencias con número de radicado 29183 del año 2008 y 31531 del año 2009. En ellas, la Corte establece que un consumidor puede comprar una cantidad mayor a la dosis personal destinada a ser consumida en un periodo extendido, puesto que el criterio definitivo para que exista la conducta de narcotráfico debe ser si las personas tienen o no la intención de vender o distribuir las drogas²⁹. En el primer caso reseñado, se trata de la captura de un hombre con 29 gr de marihuana -9 más que la dosis personal- y en el segundo, de un hombre que portaba 1.3 gr de cocaína -0.3 gr más que la dosis personal-.

En la sentencia del año 2008 se captura a un hombre que transitaba por las calles de Bogotá portando 29,9 gramos de marihuana³⁰. El 10 de septiembre de 2006, el juez de primera instancia lo condena a 70 meses de prisión hallándolo culpable de la conducta de porte, tráfico y fabricación de estupefacientes. El 12 de octubre de 2007, el Tribunal Superior de Bogotá confirma dicha decisión lo que origina la presentación del recurso de casación con cuatro cargos. El primer cargo hace referencia a la violación directa del artículo 376 del Código Penal y el 29 de la Constitución política, se argumenta que la decisión del juez, respaldada por el Tribunal no está enmarcada en un derecho penal de acto, puesto que no se tuvo en cuenta que la conducta del procesado no afectó materialmente el bien jurídico tutelado y por lo tanto se transgredió el principio de lesividad. El segundo cargo aludió que se no se aplicó el principio de favorabilidad, puesto que se omitió aplicar dos sentencias que eran favorables al procesado. En tercer lugar, se enunció la falta de aplicación del artículo 32 numeral 10 del Código Penal (error de tipo vencible e invencible). Por último, se hizo referencia a la falta de aplicación de los artículos que contienen el principio de proporcionalidad y los fines de la pena.

La Corte comienza su análisis a partir del segundo cargo. Para éste afirma qué dado que no se mencionó la norma de la Constitución, del bloque de constitucionalidad o de la Ley que se veían vulneradas el cargo no prosperaba. En consiguiente, afirma que en virtud de que no se enuncia la forma en la que ocurrió el error de tipo, éste cargo tampoco prospera. Frente a este análisis no hay reparo. Empero, se debe tener

29 LEMAITRE, JULIETA; ALBARRACÍN, MAURICIO, *"Patrullando la dosis personal: la represión cotidiana y los debates sobre las políticas públicas sobre el consumo de drogas ilícitas en Colombia"*, en: GAVIRIA, ALEJANDRO; MEJÍA, DANIEL, *Política antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos, compiladores*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011, p. 146.

30 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 18 de noviembre de 2008, radicado 31351. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Ramírez.

en cuenta que desconocer la cantidad de la dosis personal, uno de los elementos normativos del tipo contenido en el artículo 376, puede constituirse como un error de tipo de naturaleza vencible³¹. Frente al cargo cuarto, la Corte declara que en ningún aparte de la demanda se hace alusión a cómo la dosificación punitiva viola el principio de proporcionalidad o los fines de la pena. Con respecto al primer cargo declara que efectivamente las decisiones anteriores no tenían en cuenta un análisis de la antijuricidad material, en razón a que el procesado demostró mediante un peritaje que era adicto al consumo de la sustancia y la cantidad incautada estaba destinada únicamente a su consumo personal, por lo que no afectaba en ningún sentido el bien jurídico colectivo.

En la decisión con el radicado 31351 de 2009 solo se formula un cargo frente a la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que confirmó la condena de 64 meses de prisión³². Éste recurso está dirigido a la aplicación de la máxima rebaja de pena posible, puesto que el sujeto aceptó los cargos en la audiencia de formulación de imputación y en la sentencia no se le concedió este beneficio. En ningún momento el recurrente pone de presente el concepto de dosis de aprovisionamiento o que la conducta del sujeto no afectaba materialmente la salud pública. Al analizar de fondo la sentencia, la Corte dictamina que la conducta del sujeto no pone en riesgo el bien jurídico tutelado por la norma y hace especial referencia al principio de lesividad como un mecanismo casuístico, que permite regular los casos en que conductas típicas no representan lesiones sociales³³. Por primera vez se afirma que el concepto de dosis personal se liga al de dosis de aprovisionamiento el cual puede ser aplicado en dependientes o en consumidores ocasionales³⁴. Sin embargo, la Corte deja claro que no se puede equiparar a un arbitrio subjetivo del consumidor y que solo puede sobrepasar ligeramente el gramaje establecido en la dosis personal. En el caso en concreto se casa la sentencia oficiosamente y se absuelve al procesado que al momento se encontraba en un centro privativo de la libertad.

31 Es importante tener en cuenta esta precisión ya que muchos consumidores saben de la existencia del concepto de dosis personal, pero no la cantidad exacta de sustancias que tienen permitido portar, con lo que se configuraría un error de naturaleza vencible, se puede evitar si el sujeto se informa con suficiencia, sobre la norma que dispone la cantidad que el consumidor puede portar para su propio consumo.

32 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 6 de mayo de 2009, radicado 31351. Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz.

33 *Ibidem*.

34 PRIETO, JAVIER, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Barcelona, Editorial Bosch, 1986, p. 221.

En la providencia 42417 de 2011 se narra la historia de un joven de 19 años que es sorprendido con 95,9 gramos de marihuana porcionada en 42 cigarrillos en Bello, Antioquia. Al ser capturado, afirma que la sustancia estaba destinada para el consumo de él por un periodo de 15 días. Es condenado a 66 meses de prisión, se apela ésta decisión y el tribunal Superior de Medellín absuelve al procesado. La Fiscalía presenta recurso de casación sustentado en un solo cargo, violación directa a la ley sustancial, artículo 11 del Código Penal, puesto que considera que la cantidad que el sujeto portaba (4 veces superior a la dosis personal) permitía suponer que ésta estaba destinada a conductas lesivas que se alejaban del consumo personal. De entrada, la Corte inadmite la demanda puesto que considera que no cumplió con la carga argumentativa propia del recurso de casación, en razón de que no mostró como la decisión del Tribunal de Medellín obvió el análisis de la antijuricidad.

Del mismo modo, la Corte reconoce la autonomía del Tribunal para apartarse de la jurisprudencia de manera fundada, puesto que el cuerpo colegiado de Medellín reconoce la existencia del precedente de la sentencia C 571 de 2011 pero agrega que la Corte Constitucional no abordó el tema de *"la dosis de aprovisionamiento"*, ni la *"terapéutica"*, *"de modo que aún puede asegurarse que nos encontramos en un periodo de decantación jurisprudencial"*³⁵. El tribunal, de manera literal reconoce que: *"fijarán el alcance del acto legislativo con una visión amplia en materia de libertades, por lo menos en cuanto a los consumidores se refiere"*³⁶, concluyen con que no es incompatible que esta cantidad esté destinada al consumo personal por varios días, 15 en el caso, y además que no se probó que ésta estuviera destinada a actos de comercialización. En términos dogmáticos, el Tribunal de Medellín argumenta que no se puede tratar este tipo de delitos como de peligro presunto y que, en el caso en particular, la Fiscalía no probó la antijuricidad de la conducta, por lo que la sentencia de primera instancia violó el principio de presunción de inocencia. Podría intuirse que el razonamiento de este tribunal fue la piedra angular para el giro jurisprudencial que se narrará en los siguientes párrafos.

La decisión que se encuentra en el extremo derecho de la gráfica, radicado 42617, es interesante en extremo porque es la única, de las 114 analizadas, en la

35 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 6 de mayo de 2009, radicado 31351. Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz.

36 TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, 30 de julio de 2013. Magistrados Ponentes: Miguel Humberto Jaime Contreras, Pio Nicolás Jaramillo Marín, John Jairo Gómez Jiménez. Es pertinente acotar que el Magistrado Gómez salvo su voto, en el sentido en que consideraba que la superación de cuatro veces la dosis personal es indicativa por sí sola de que la sustancia tendrá un uso diferente al personal. Respetando la posición del magistrado, me parece que este tipo de interpretaciones no observa la teoría del delito de manera armónica, puesto que presupone la antijuricidad de la conducta sin ningún tipo de acervo probatorio más que la mera existencia de la ley.

que en primera y en segunda instancia y también en casación los jueces absuelven al procesado³⁷. También es un caso que acontece en Bello, allí se le da captura a un sujeto que tras ver a la policía arroja una bolsa con 52 gramos de marihuana y 0,8 gramos de cocaína. Además, la Corte realiza una especie de sentencia de unificación en la que hace un recuento de la evolución jurisprudencial del concepto de dosis de aprovisionamiento y su tratamiento punitivo. El punto más importante de éste recorrido es el tránsito entre la presunción *iure et iure* a la presunción *iure et tantum* en materia de la antijuricidad de la conducta. Es decir, para los portadores de estupefacientes, la presunción de peligro para la salud pública, por tratarse de un tipo de peligro en abstracto, admite prueba en contrario³⁸. Es importante hacer mención, que el razonamiento de todos los jueces que interactuaron con el caso tienen en cuenta este presupuesto y probatoriamente la presunción se desmiente mediante los siguientes criterios:

a) Que la captura se gestó en un espacio en el que tradicionalmente se consume marihuana, pero no se expende, según los testimonios de los agentes de policía que llevaron a cabo la diligencia.

b) Al momento de la captura el sujeto se encontraba fumando.

c) La sustancia no se encontraba porcionada por lo que es posible inferir que no estaba destinada a la *microventa*.

d) Que los testimonios del procesado, de su madre y de sus hermanas dieron cuenta de la situación de adicción del sujeto.

e) Que en sede de juicio oral se presentó una prueba pericial que determinó que el sujeto era adicto a la marihuana.

Al final de la sentencia, el Magistrado Eugenio Fernández Carlier salva su voto. Contrario a lo pensado, no lo salva porque avale la argumentación de la Fiscalía y desee casar la sentencia, lo hace porque considera que aún en los tipos de peligro en abstracto, se debe probar la antijuricidad de la conducta. Hace una interpretación aún más garantista para los consumidores de estupefacientes, una interpretación digna de un Estado Social de Derecho y respetuosa de un sistema adversarial en donde la presunción de inocencia es un valor fundante.

La última decisión al respecto (que no se encuentra en las gráficas) es la 41760 de 2016 en la que se condena a 118 meses de prisión a un militar acuartelado por portar 50,2 gramos de marihuana. En el análisis que hace la Corte se tiene en cuenta

37 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 12 de noviembre de 2014, radicado 31531. Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández.

38 *Ibidem*.

que el procesado probó su condición de adicto y que dadas las características de su profesión tenía que abastecerse para largos periodos de tiempo³⁹. En este caso, existe un giro en la línea jurisprudencial de la Corte, puesto que esta vez el argumento central no se centra en el principio de lesividad sino en la atipicidad de la conducta. Para los portadores, la atipicidad dependerá de la finalidad cierta 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 cuya intención [...] es llevarla consigo con ánimo diverso al consumo personal⁴⁰. Por lo tanto, el porte para el consumo estrictamente personal, se encuentra afuera del espectro del derecho penal por intención del legislador, ya que el tratamiento de este es atinente a las entidades administrativas de la salud del orden nacional, departamental o municipal⁴¹.

Tras leer este grupo de sentencias, se puede inferir que el concepto de dosis de aprovisionamiento ha tenido un cambio importante en los últimos años. Tanto así, que la jurisprudencia de la CSJ pasó de un criterio relacionado con la lesividad de la conducta, que es netamente casuístico, a un criterio de atipicidad, que hace referencia a la ausencia de uno de los elementos estructurales del tipo, lo que en términos procesales significa la aplicación de una de las causales de preclusión por parte de la Fiscalía⁴². Entonces, puede interpretarse que el elemento estructural que determina la atipicidad de la conducta es el aparte “salvo lo dispuesto en la dosis personal” visto desde la óptica de la dosis de aprovisionamiento. Lamentablemente éste aparte fue retirado del CP por la ley de seguridad ciudadana, ley 1453 de 2011 y junto con la prohibición de las drogas, presente en el artículo 49 de la Constitución introducida por el acto legislativo 002 de 2009, trajeron consigo problemas para todos los operadores jurídicos del país, puesto que no había certeza si esta prohibición cobijaba a la dosis personal o no. La Corte Constitucional, en sentencia C 491 de 2011⁴³, declaró el acto legislativo que modificó el artículo 49 inaplicable, en el sentido en que el concepto de dosis personal seguía vigente en el ordenamiento jurídico.

39 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 9 de marzo de 2016, radicado 41760. Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier.

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*.

42 Numeral 4, artículo 332 la de ley 906 de 2004. Véase en: JAIME, BERNAL; EDUARDO, MONTEALEGRE, *El proceso penal. Tomo II estructura y garantías procesales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 741.

43 CORTE CONSTITUCIONAL, 22 de julio de 2012. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Entonces, con el objetivo de brindar claridad para policías, fiscales y jueces e impedir que los portadores de sustancias psicoactivas saturen el sistema penitenciario del país se hace imperativo reintegrar esta excepción a la literalidad del artículo 376.

3.3 Presunción de inocencia y cadena de custodia

Esta expresión se usa para ilustrar la situación en la que un miembro de la policía judicializa a un sujeto con base a evidencia -estupefacientes en este caso- que fue implantada por el funcionario público y que el sujeto nunca trajo consigo. De esta forma se obvian los procedimientos de cadena de custodia y se termina encerrando a un individuo por un delito que no cometió. Hasta el momento se constituía como un relato sin ningún tipo de correspondencia judicial. Desafortunadamente, la sentencia de radicado 37649 de 2011 ejemplifica el caso del mago, lo que revela que judicialmente la situación es existente⁴⁴.

El debate central del caso se estructura alrededor de la valoración probatoria que dan el juez de primera instancia y el Tribunal de la ciudad de Tunja. La Corte encuentra que existen contradicciones entre el informe de primer respondiente y el testimonio, en sede de juicio oral, de los dos policías que lo suscribieron. Ambos erran en acertar la hora de la captura, la vestimenta de los procesados, la forma en como éstos fueron dirigidos al CAI e incluso el número de personas que fueron requisadas. Es más, los relatos sobre el lugar donde supuestamente se encontraba la sustancia son disímiles, ya que uno dice que se encontraba en los testículos del capturado y otro afirmó que estaba en la pretina del pantalón. Por otro lado, la Corte encuentra que la versión de los testigos que acreditó la defensa es mucho más sólida y coherente, puesto que existe un plano compartido entre los cuatro testimonios presentados, que tienen como punto en común que los uniformados retuvieron ilegalmente a los sujetos y que ellos fueron los que introdujeron el narcótico, ya que éstos se habían burlado porque los policías se habían caído de su moto de patrullaje. Por ende, al encontrarse en un caso de duda razonable, la Corte casa la sentencia, ordena la absolución del procesado y la investigación disciplinaria de los policías que lo capturaron.

Más allá de dar por sentado que los policías implantaron la evidencia o no, el debate se centra en la importancia de la presunción de inocencia y de la valoración de la prueba en los delitos relacionados con drogas. Al parecer, las presunciones sobre la lesión a la salud pública por portar cantidades superiores a la dosis personal

44 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 7 de diciembre de 2011, radicado 37649. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

son abiertamente aplicadas por jueces en todo el país, aún en contra de la postura de la CSJ en la que se afirma que el criterio ulterior para delimitar la nocividad de su conducta es la finalidad que esta tenga, en especial en los casos en que la cantidad supera no ostensiblemente la dosis personal. Así mismo, existe una inversión de la carga de la prueba en esta materia, puesto que es el sindicado es el que se ve obligado a probar su condición de adicto y no la Fiscalía a probar que las sustancia estaba destinada a la distribución, con lo que en materia de drogas el sistema penal sigue siendo inquisitivo y no adversarial⁴⁵. Por lo tanto, la principal conclusión que se puede inferir para éste eslabón en la cadena del narcotráfico es la necesidad de tener en cuenta más férreamente la presunción de inocencia y la carga probatoria, ya que es preferible tener un adicto en las calles y no un marihuanero en las cárceles.

3.4 Cultivadores, elaboradores y dueños de cultivo

Esta categoría incluye a todos los individuos que hacen parte de la primera etapa de la cadena del narcotráfico: la producción. Su labor es imprescindible para la comercialización del narcótico, pero no reciben mayor remuneración por su trabajo. En el caso particular de la coca, se constituye como una de las principales fuentes de empleo en las regiones más apartadas del país, para el 2008 se estimaba que 166.000 familias campesinas se dedicaban al cultivo de ésta planta⁴⁶. Además, se extiende por gran parte del territorio nacional, puesto que se encuentra en 200 municipios (18% de los municipios de Colombia) y abarca un área de 225.000 kilómetros cuadrados (19% de la superficie total)⁴⁷. El tipo imputado en estos casos es el contenido en el artículo 375 que tiene como principal verbo rector cultivar y conservar plantaciones, en ninguno de los casos analizados en la gráfica número 2 se aplica el verbo rector financiar, lo que nos invita a pensar que el tipo es ineficaz para perseguir a los individuos que invierten capital pero que no trabajan la tierra para producir la sustancia ilícita.

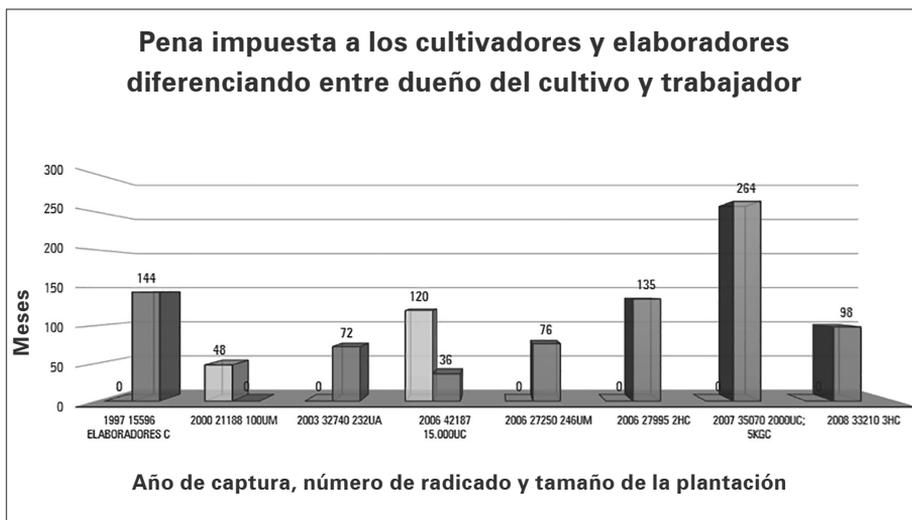
Con respecto al gráfico es pertinente hacer algunas aclaraciones. Las sentencias en las que se encuentran dos barras es porque se dio captura a los trabajadores y al capataz del terreno. Si solo existe una barra se debe a que la persona propietaria

45 PULECIO, DANIEL, *La teoría de la carga dinámica de la prueba en el proceso penal*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo editorial Ibáñez, 2012.

46 MEJÍA, DANIEL; RICO, DANIEL, "La microeconomía de la producción y el tráfico de la cocaína en Colombia", en: ALEJANDRO, GAVIRIA; DANIEL, MEJÍA, *Política antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos, compiladores*, cit., p. 18.

47 *Ibidem*, p. 19.

del terreno era la misma que estaba ejecutando los actos de conservación o de cultivo, éstos se encuentran representadas con el color durazno. Las barras en verde muestran casos en los que se la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia, éstas serán retomadas más adelante. Las barras que se encuentran pintadas con color amarillo representan los casos en que además de cultivar o conservar las plantas los individuos estaban elaborando el alcaloide, por lo que se concursa con el artículo 376, haciendo referencia al verbo rector elaboración.



Dentro de los elementos analizados existen casos de marihuana, coca y amapola. La pena promedio para un dueño de cultivo es de 121,21 meses, mientras que la pena promedio para un trabajador es de 42 meses. La multa promedio de un dueño de cultivo es de 589.42 SMLMV, mientras que la multa promedio de un trabajador asciende a los 5 salarios mínimos (ver anexo 2).

El caso de radicado 32740 presenta una problemática relacionada con la presencia espontánea de plantas para la elaboración de narcóticos⁴⁸. En el caso, previa diligencia de allanamiento, se da captura a una pareja de esposos puesto que en su lote se encontraban 232 unidades de amapola. Éstos, en indagatoria, afirmaron que éstas se habían reproducido de manera espontánea y que las tenían como plantas ornamentales. El juez de Santa Rosa de Osos los absuelve, pero el Tribunal Superior de Antioquia los condena a 72 meses de prisión por conservar plantaciones de amapola. El principal cargo del recurrente hace referencia a la falta

48 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 10 de marzo de 2010, radicado 32740. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

de competencia del Tribunal, puesto que el recurso de apelación sustentado por el Ministerio Público fue presentado extemporáneamente. La Corte da la razón al recurrente, casa la sentencia, y los procesados son absueltos.

Sin embargo, la Corte no analiza los otros dos cargos presentados por el recurrente que hacen referencia a la violación directa del artículo 375, ya que en el transcurso del proceso se probó que el espacio de 2 metros donde se encontraban todas las plantas cumplía una función netamente ornamental, argumento confirmado por un concepto de la Facultad de Biología de la Universidad de Antioquia⁴⁹. La Corte no aborda el debate en torno a la finalidad de la acción en este tipo de delitos, ya que el injusto no se puede predicar cuando la conducta no esté dirigida a afectar los bienes jurídicos tutelados.

3.5 Problemas dogmáticos relacionados con concursos

Para este rol de la cadena de la operación criminal se presenta un problema dogmático en los concursos. Por ejemplo, tratándose de marihuana, en los casos en que al momento de la captura se encontraban tanto cogollos ya cortados como plantas en maduración, los fiscales concursaran el artículo 375 en razón del verbo rector cultivar (la planta) y el artículo 376 en relación con el verbo rector conservar (la flor). El caso de radicado 21188 ejemplifica esta situación, en la que el juez de primera instancia condena a los trabajadores de la finca con base en los dos tipos⁵⁰. Afortunadamente el Tribunal Superior de distrito de Antioquia corrige esta situación afirmando que: “no concurren los dos tipos toda vez que las matas secas se encontraban en conservación en el mismo lugar de producción”⁵¹ y que, por lo tanto, no se pueden atribuir dos conductas típicas diferentes por tratarse de una misma acción derivada de las características de la planta de marihuana, con lo que no se configura el concurso real.

En los casos relacionados con hoja de coca sucede una situación similar. En el caso de radicado 27995 son sorprendidos en una finca en el departamento de Norte de Santander unos sujetos que se dedicaban a la elaboración del alcaloide⁵². En el terreno se encontraron dos hectáreas con plantaciones de coca, veintitrés (23) kilos

49 Ibídem.

50 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 23 de septiembre de 2003, radicado 21188. Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

51 Ibídem.

52 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 8 de agosto de 2007, radicado 27995. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

de semilla de coca, veinte (20) arrobas de coca, tres (3) bultos de cemento —cada uno de cinco (5) kilos—, dos (2) bultos de urea y trece (13) galones con sustancias químicas, por lo que la Fiscalía realizó la siguiente imputación: conservación o financiación de plantaciones; tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, previstos en los artículos 375 inciso 1°, 376, 382, concurriendo la causal de agravación del numeral 3° del artículo 384 en razón de la cantidad de sustancia incautada. Los sindicatos decidieron realizar un preacuerdo con la Fiscalía y la condena que recibieron fue únicamente por los delitos de conservación o financiación de plantaciones y tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos.

Más allá del preacuerdo, es necesario analizar la coherencia del concurso que constaba en el escrito de acusación original. Para la elaboración de la cocaína como de cualquier sustancia química es necesario mezclar ingredientes, gran parte de estos resumidos en la anterior providencia. Ahora bien, penalizar la consecución de cada uno de ellos es desacertado. La imputación del fiscal pretende castigar la siembra de la coca, la compra de los elementos para la elaboración del alcaloide y la misma elaboración de la cocaína. Es como si para el homicidio se castigara al sujeto por comprar el veneno, por preparar la comida en la que pondrá el veneno y por la consecución del resultado que planeó.

En casos similares a los del radicado 29775, el verbo rector elaboración, contenido en el artículo 376 debería ser el único que se imputa, puesto que las condiciones fácticas se asemejan más a las del concurso aparente que al concurso material. Esta figura tiene como fundamento, el hecho que le aplicación de una de dos tipicidades penales -en este caso una entre tres- abarca en su totalidad la ilicitud material del comportamiento delictivo⁵³ y por lo tanto no se hace necesario concursar delitos, debido a que el desvalor de uno recoge el desvalor completo del conjunto de acciones. Para aplicar el concurso aparente la doctrina ha desarrollado varios principios interpretativos, para este caso en particular el aplicable es el de subsidiariedad, en particular en su modalidad tácita. Esta se utiliza en las situaciones en que dos tipos comprenden una forma de ataque idéntica frente al bien jurídico tutelado, pero en distintos grados y modos de ofensividad, de tal modo que el tipo preferente comporte una solución de tutela más completa que subsume la menor lesión en el caso concreto⁵⁴. Dentro de la subsidiariedad tácita existe una modalidad denominada *actos copenados previos* y se aplica cuando el intérprete judicial se

53 POSADA, RICARDO, *Delito continuado y concurso de delitos*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2012, p. 195.

54 *Ibidem*, p. 222.

enfrenta a los delitos de paso, entendidos como grados de afectación previos cuyo injusto queda comprendido por el injusto posterior de una unidad de conducta más grave que los sintetiza, teniendo como presupuesto estructural una unidad ontológica de conexión entre uno y otro hecho⁵⁵.

En el ejemplo citado, en el mismo espacio se cultivaba la hoja de coca, se tenían los insumos para la elaboración del alcaloide y se elaboraba la cocaína. Al ver la redacción del artículo 375 se observa que el acto de cultivo está conectado con la elaboración de cocaína, si por alguna u otra razón la coca no sirviera para producir el alcaloide, la conducta sería atípica. De igual forma acontece cuando se tengan todos los elementos para el procesamiento de la cocaína y estos sean inocuos para conseguir la sustancia terminada. Puede afirmarse que el acto de cultivo de coca o de amapola no tiene sentido sin el acto de elaboración de cocaína o heroína⁵⁶. Entonces, estos dos artículos, el 375 y el 382, pueden ser vistos como delitos de paso para elaborar la cocaína, ya que en virtud las condiciones químicas de la sustancia es imposible separar un acto del otro. Además, el propio hecho principal no tiene sentido sin el otro posterior, Por lo tanto, es pertinente afirmar que en este tipo de casos el verbo rector elaborar, contenido en el artículo 376 del CP subsume los actos de cultivo de coca y de tenencia de sustancias para el procesamiento de cocaína (375 y 382 respectivamente), constituyéndose de este modo como un concurso aparente y no cómo un como un concurso material.

3.6 Problemas dogmáticos relacionados con la autoría

El caso de radicado 42187 plantea un problema de autoría interesante para analizar⁵⁷. En él, se da captura a 20 personas. Uno resulta ser el dueño del predio donde existían 6 hectáreas de coca y un laboratorio para el procesamiento de esta sustancia, a este se le imputa la autoría del tipo contenido en el artículo 377 en relación a que estaba destinando ilícitamente un bien inmueble y también los artículos 375 y 376 en modalidad de determinador. A los dos encargados del

55 Ibídem, p 228.

56 PALMA, JOSÉ MANUEL, *Los actos copenados*. Madrid, Editorial Dykinson, 2004, p. 171. Así mismo, no sobra hacer mención que en el caso concurren todos los requisitos que el autor determina para aplicar el concurso aparente por medio de la modalidad de acto copenado. Que exista identidad de bien jurídico, de sujeto activo y de sujeto pasivo, que el ataque al hecho previo tenga menor intensidad que el correspondiente al hecho principal, en este punto es claro que la elaboración de la cocaína pone en mayor riesgo a la salud pública que el cultivo de la hoja de coca.

57 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 16 de septiembre de 2013, radicado 42187. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Ramírez.

procesamiento del narcótico se les imputa el tipo 376, verbo rector elaborar, y el 375 en calidad de cómplices. Mientras que, a los 17 restantes, que cumplían el papel de raspachines -los encargados de arrancar las hojas de coca-, se les imputa el verbo rector conservar del tipo 375 bajo el título de complicidad. El primero es condenado por todas las conductas imputadas, a los supuestos elaboradores no se les pudo comprobar la comisión del ilícito por lo que fueron absueltos, mientras que los últimos fueron condenados en calidad de cómplices por la comisión de actos que contribuían a la conservación de plantaciones de sustancias de las que existe la posibilidad de extracción de estupefacientes.

La imputación al dueño de cultivo está bien realizada, puesto que se cumplen los elementos objetivos del tipo contenido en el artículo 377, ya que estaba destinando un bien inmueble de su propiedad para el cultivo de coca y la elaboración de cocaína. La comisión de los otros dos tipos en calidad de determinador también es adecuada, puesto que existió un influjo psíquico para que los otros sujetos cometieran las conductas punibles por medio de un salario, es altamente probable que su ofrecimiento fuese la causa directa para la actuación delictiva de los autores⁵⁸. Para los elaboradores, la imputación del artículo 376 en calidad de autores no ofrece ninguna duda. En cambio, la imputación del 375 a título de complicidad no ofrece mucha certeza. Si vemos el espectro de aplicación de los tres verbos rectores de éste tipo: financiar, cultivar o conservar no admiten pacíficamente la figura de la complicidad, puesto que cualquier contribución del sujeto con la cosecha de coca será recogido por la institución de la coautoría⁵⁹. Por último, la imputación a los trabajadores del cultivo, también llamados raspachines, del artículo 375 a título de cómplices no tiene mucho sentido puesto que la conducta desplegada se adecua al verbo rector cultivar a título de autoría, ya que éstos se encargaban de labrar la tierra, sembrar las plantas y recoger la cosecha de manera directa. Si la razón de esta imputación obedece a permitir que la pena de los labradores de tierra les permita acceder a un subrogado penal, como acontece en el caso, es mejor aplicar el principio de lesividad y no aplicar sanción alguna en el marco del derecho penal.

En relación con el caso anteriormente expuesto y con el de radicado 27995, citado en el aparte referente a los problemas concursales, la Corte no analiza a fondo el problema de la insuperable coacción ajena (ya sea por presiones directas de los

58 MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal parte general, Décima edición*, Madrid, Ediciones Reppertor, 2015, p. 419.

59 Para el caso del verbo rector financiar, cualquier aporte material configurará la conducta, si el aporte es mínimo la conducta no será punible por el principio de lesividad pero la imputación deberá ser hecha a título de autor. De igual forma ocurre con el acto de cultivo o con el de conservación.

grupos al margen de la ley o por necesidad económica) en este eslabón de la cadena del narcotráfico, un caso ocurre en Puerto Rico, Meta y el otro en La Esperanza, Norte de Santander, zonas con poca presencia del Estado y con gran presencia de hoja de coca⁶⁰. Se limita a decir que para los casos estudiados no se encuentra probado tal factor, lo que procesalmente es correcto, pero no analiza en sentido abstracto cómo se puede configurar esta causal y como sus directrices pueden servir de norte a los jueces de las regiones que tienen una alta presencia de cultivos ilícitos que se enfrentan a diario con este tipo de problemáticas.

3.7 Transportadores

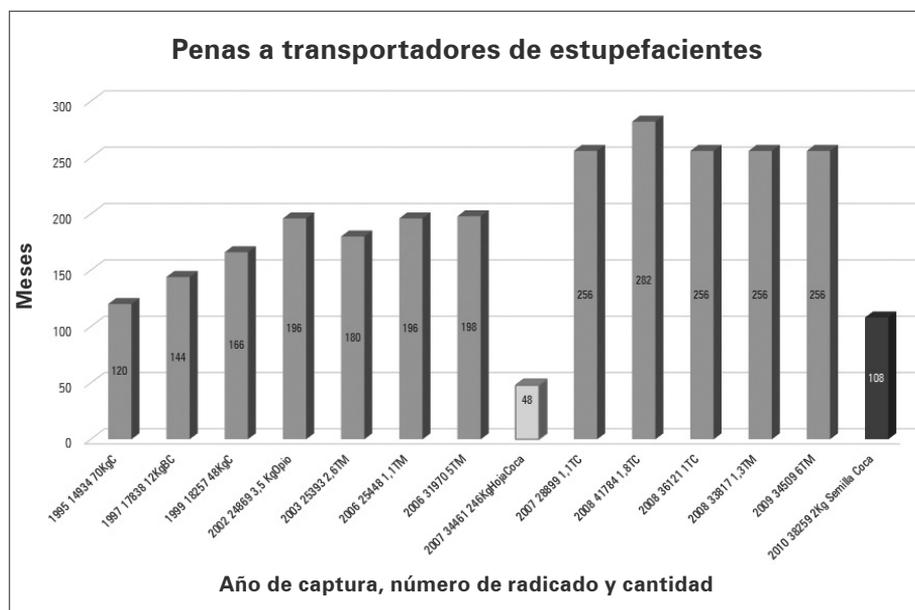
El transporte es una parte vital de cualquier red de producción. Es necesario para movilizar las mercancías a los lugares de consumo ya que allí tendrán un mayor valor. En el caso del comercio interior esta movilización generalmente se da en vehículos de carga, por lo que se aplica el verbo rector transportar y no llevar consigo, puesto que por la cantidad de la sustancia es imposible usar el propio cuerpo como vehículo. Los transportadores de estupefacientes están especialmente perjudicados en términos punitivos porque a la gran mayoría de ellos se les agrava la pena en relación con el numeral 3 del artículo 384, lo que arroja un promedio de 163,28 meses con muy poca variación estándar, ya que solo existen dos casos con penas inferiores a 100 meses. La multa promedio para este eslabón es de 1878 salarios mínimos (ver anexo 3), con una alta tasa de variación estándar, puesto que en la sentencia de radicado 31970 se impone una multa de 10.000 salarios mínimos, 4337 millones de pesos para el año en que se dictó sentencia de primera instancia. Sin embargo, esto no quiere decir que si se extrae esta providencia el resultado resulte proporcional a la gravedad de la conducta, ya que el promedio resultaría en una multa de 1253 salarios mínimos, lo que hoy en día viene siendo más de 800 millones de pesos.

Cabe anotar, que la agravante no diferencia en su aplicación la cantidad que se es transportada. Por lo tanto, un individuo que es capturado transportando 3,5 kg de opio líquido recibe la misma pena que uno que lleva más de una tonelada de marihuana, con lo que estructuralmente la agravante no tiene en cuenta la forma diferenciada en que las conductas están afectando al bien jurídico. De igual forma, hay que tener en cuenta que el rol que juegan los transportadores en la cadena de valor del narcotráfico es marginal, puesto que haciendo paralelo a cómo funcionan

60 GARCÍA, MAURICIO; ESPINOSA, JOSÉ, E.; JIMÉNEZ, FELIPE, *Instituciones y narcotráfico, la geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia*, cit. ver mapa 4. Los departamentos mencionados se encuentran entre los de más baja eficacia del sistema judicial en el territorio.

los fletes con otros productos primarios se paga por el viaje, no por el valor agregado que producirá la acción de transportar.

Por otro lado, a diferencia de los portadores, en el 42% de las providencias las capturas se dieron por actividades investigativas, mientras que en el 58% restante se gestaron por requisas ocasionales por parte del ejército o la policía de carretera, lo que revela que el transporte no es el lugar estratégico donde se centran las actividades investigativas, pero que si existe un esfuerzo sistemático por vigilar esta labor puesto que es el eslabón dónde se ejecutan mayor volumen de incautaciones. Sólo un caso recoge la experiencia de transportadores marítimos, el de radicado 41789, en los demás casos los vehículos utilizados son camiones de carga, camperos y en un caso un bus intermunicipal.



Uno de los casos en los que no se aplica la agravante, merece un análisis especializado, puesto que no se transporta la sustancia elaborada sino sus insumos -hojas y semillas de coca- y además, trae consigo un conflicto de competencia entre la justicia ordinaria y la jurisdicción especial indígena. El radicado del caso es 34461 del año 2011⁶¹. En él, se narra la historia de dos indígenas Nasa que se encontraban transitando con 240 kilogramos de hojas, frutos y semillas de coca en Santander de

61 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 8 de noviembre de 2011, radicado 34461. Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz.

Quilichao, Cauca. Desde su captura, las autoridades del Cabildo Indígena Muchinque los Tigres tramitaron un conflicto de competencias que fue resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura de manera negativa. Este organismo declaró como competente a la jurisdicción ordinaria, porque “pese a cumplir con los requisitos subjetivo y territorial, el objetivo no se cumple, ya que el material incautado estaba destinado a afectar intereses universales más allá de la comunidad indígena”⁶².

En la providencia no se expone cómo dicha entidad llegó a esta conclusión, simplemente presume que por la cantidad de hoja de coca se estaba poniendo en riesgo a un sector de la población más amplio que la comunidad Nasa. El recurrente sustenta su demanda alrededor de dos grandes argumentos. El primero está relacionado con el artículo 246 de la Constitución y el Convenio 169 de la OIT, hace referencia a la autodeterminación de los pueblos indígenas alrededor de sus propias formas de juzgamiento y al derecho al fuero indígena por parte de los sujetos. Mientras que el segundo, alude al artículo 7 del Estatuto Nacional de Estupefacientes que permite el uso de las plantas de las cuales se produzcan sustancias estupefacientes y el consumo de estas por parte de las poblaciones indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivadas de su tradición y cultura, por lo tanto, éste límite no puede ser presumido por un juez.

La Corte casa la sentencia, ordenando la libertad inmediata de los indígenas y remite el expediente a las autoridades tradicionales del resguardo Muchinque Los Tigres, perteneciente a la comunidad Nasa. Su argumentación se estructura alrededor de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre conflictos de jurisdicción⁶³. Concluyendo que se cumple el criterio personal, el territorial, el institucional y con respecto al objetivo afirma que: “el entendimiento de este criterio según el conforme al cual se excluyen definitivamente de la jurisdicción indígena asuntos graves o de trascendencia universal, traduce una restricción indebida a la autonomía de las comunidades indígenas y obviamente el incumplimiento del acuerdo intercultural consagrado en el artículo 246 de la Constitución Nacional”⁶⁴. Entonces, la conclusión de esta providencia es que, bajo el principio de autonomía de jurisdicción, las comunidades indígenas están en la capacidad de juzgar actos de narcotráfico cometidos por sus miembros dentro del territorio de la comunidad.

62 Ibidem.

63 Ibidem.

64 La providencia que mejor expone la línea jurisprudencial para definir los criterios de dimisión de un conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena es: CORTE CONSTITUCIONAL, 5 de diciembre de 2013. Sentencia T 921 de 2013. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3.8 Correos humanos

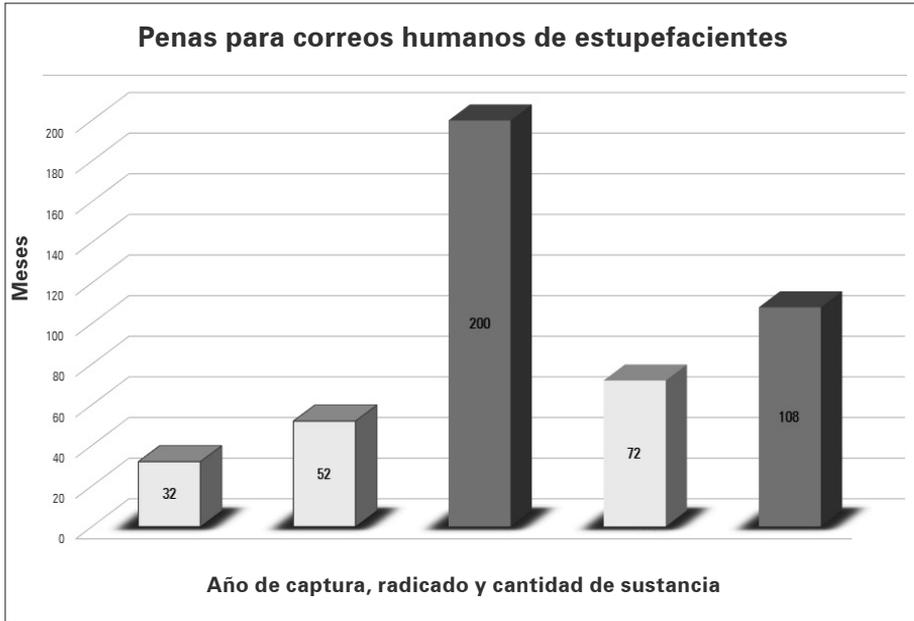
Este es uno de los roles más mediatizados de la cadena del narcotráfico y ha sido llevado a la pantalla grande en varias ocasiones, tal como la nominada al óscar *María llena eres de gracia*⁶⁵. La función de los correos humanos es similar a la del transportador y a la del portador, se encargan de llevar el estupefaciente a una locación donde su valor de cambio será mucho mayor. Sin embargo, hay dos factores diferenciales que hacen necesario crear una categoría aparte para clasificarlos. En primera medida, el vehículo para transportar la droga es el propio organismo, lo que supone muchos más riesgos en términos de salud. En segundo lugar, hay una finalidad de exportación del producto. Los dos destinos paradigmáticos de los correos humanos son el extranjero y las cárceles domésticas, por lo que la totalidad de las capturas de los casos estudiados se dan en aeropuertos o en prisiones.

La pena promedio para los correos humanos es de 92,8 meses, con una alta tasa de variación estándar, puesto que existe una providencia en la que se aplica el agravante en razón de la cantidad, sin esta providencia el promedio cae a 66 meses. La media de las multas asciende a 445,52 salarios mínimos (ver anexo 4), también con una alta tasa de variación estándar en razón de la misma providencia, sin tenerla en cuenta la multa promedio es de 31,91 salarios mínimos. Un factor interesante es que, en cuatro de los cinco, casos el estupefaciente incautado es heroína o algún derivado del opio, lo que tiene sentido en razón a que una sustancia de tan alto valor comercial amerita la realización de una operación transnacional. Además, el caso restante, en el que se transporta base de cocaína, el destino es una prisión doméstica.

Este eslabón en la cadena de operación criminal es mayoritariamente femenino en comparación con los anteriores criterios. De los cinco casos estudiados la mitad de los capturados corresponde a mujeres⁶⁶. De igual forma, dos capturas corresponden a labor de vigilancia de la policía en los aeropuertos o del INPEC en las cárceles y los tres restantes a labores investigativas. Los cuatro destinos que pretendían abordar las personas son ciudades en los Estados Unidos, siendo Nueva York la más apetecida puesto que se repite en dos ocasiones.

65 Dirección Joshua Barston. *María, llena eres de gracia*. 2004

66 Se estima que el 45 % de la totalidad de mujeres privadas de la libertad en Colombia se encuentran por delitos relacionados con drogas, un total de 3830 mujeres para el 2014. DEJUSTICIA, *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento*. Una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe, p. 9. La feminización del delito también puede evidenciarse en: UPRIMNY, RODRIGO; GUZMÁN, DIANA, Y NORATO, JORGE, *Penas alucinantes, la desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*, cit., p 83-93.



En el caso de los correos humanos, se aplican dos agravantes, la primera sumamente común para los transportadores es la contenida en el artículo 384 numeral 3 referente a la cantidad de sustancia que se transporta. El caso referenciado es el radicado número 30296 en el que se da captura a un hombre que intentaba pasar 3,850 gramos de heroína a los Estados Unidos, éste sujeto recibe una pena de 200 meses de prisión⁶⁷. La segunda agravante que se aplica es la contenida en el numeral 1, literal B del mismo artículo y hace referencia a la comisión de la conducta en un centro carcelario. El caso en cuestión tiene el radicado número 32864 y narra la historia de una mujer que intentó ingresar al establecimiento carcelario El Barne 96 gramos de bazuco dentro de su vagina.

La demanda de casación no está dirigida a debatir la condena impuesta, sino a la negación del beneficio de la prisión domiciliaria, puesto que la mujer es madre cabeza de hogar y se encargaba de la manutención de sus hijos⁶⁸. En primera

67 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 5 de agosto de 2010, radicado 30296. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

68 Los requisitos de la Corte Suprema de Justicia para conceder el beneficio son: (i) que el peticionario tenga la condición de madre o padre cabeza de familia, (ii) que el delito por el cual se procede no esté excluido del beneficio, (iii) que el infractor no registre antecedentes penales, y (iv) que su desempeño personal, laboral, familiar o social permita determinar que no colocará en peligro la comunidad o las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente. Véase en: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 17 de noviembre de 2010, radicado 32864. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez.

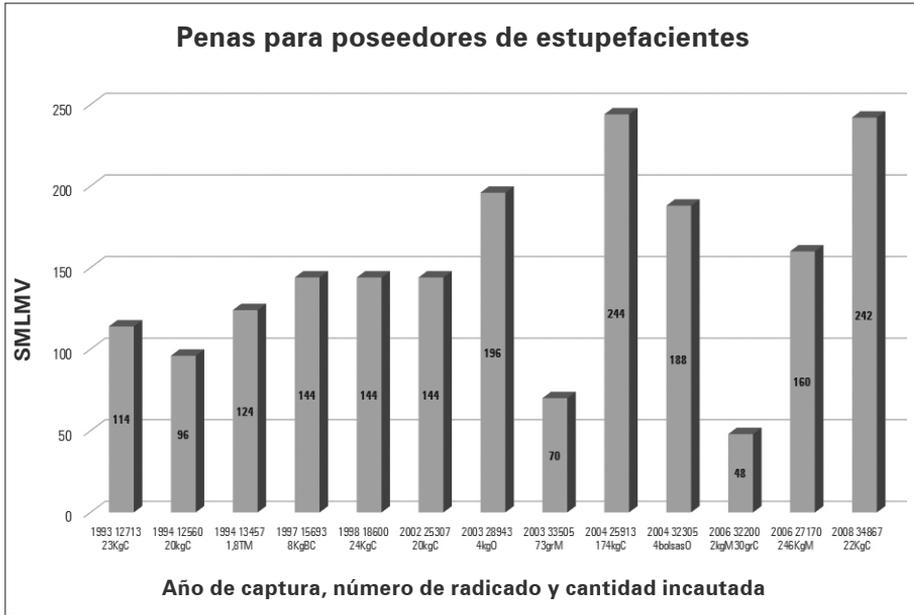
instancia el beneficio es negado por el Tribunal de Tunja, puesto que se considera que la condenada no cumplía con el requisito subjetivo, la inexistencia de peligro para la comunidad o para las personas a cargo del procesado, ya que se presume que en razón de que la Señora se desplazó de su lugar de residencia, Antioquia, a la prisión, que se ubica en el departamento de Boyacá, pertenece a una red criminal y por lo tanto es un peligro para la comunidad y para sus propios hijos.

En esta oportunidad, la Corte casa la sentencia y otorga el beneficio de la prisión domiciliaria en razón a que el Tribunal de Tunja falló con base en la ley 750 de 2002, cuando la ley 906 de 2004 afirma que para otorgar el beneficio sólo se precisa acreditar la condición de padre o madre cabeza de hogar. Empero, la institución de la casación se queda corta para analizar las problemáticas sociales que se circunscriben a los casos. Aquí, la relación entre madres cabeza de hogar, tráfico de estupefacientes y la aplicación del subrogado penal que permite que éstas estén al cuidado de sus hijos.

3.9 Poseedores

En un porcentaje significativo, el consumo de estupefacientes producidos en Colombia es el mercado interno⁶⁹. Por ello, una vez transportada la mercancía hacía los grandes centros urbanos, se hace necesario almacenarla para posteriormente distribuirla o para venderla directamente. Este papel es cumplido por los “poseedores” de estupefacientes, estos se diferencian de los portadores en el sentido en que son capturados en sus propios domicilios y no transitando por la calle, por lo que para su captura media una orden de allanamiento. El verbo rector imputado es conservar o almacenar estupefacientes, puesto que aquí se trata del producto elaborado y no de sus insumos, por lo tanto, se imputa el tipo contenido en el artículo 376 y no el contenido en el 375. En muchos de los casos, los allanamientos eran motivados por denuncias ciudadanas que informaban que en estos inmuebles se expendían narcóticos o por labores investigativas de la Policía Nacional. Además, en el caso de los poseedores la cantidad de estupefaciente incautado es ostensiblemente superior a la de los vendedores o “jíbaros”, ya que un porcentaje significativo de éstos últimos expendía el estupefaciente desde su domicilio. En la muestra analizada se aplica la agravante por la cantidad de estupefacientes en 11 de las 13 sentencias, lo que indica que los poseedores cumplen un papel importante en términos de la distribución y no son solamente vendedores minoristas con local.

69 Según el Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas de 2013 la prevalencia del uso de drogas ilícitas alguna vez en la vida aumentó del 8,8 % en el 2008 al 12,2% en el 2013, cómo en el uso el último año pasó de 2,6% a 3,65. Ministerio de Justicia. *Reporte de drogas de Colombia*, 2015, p. 25.



En términos dogmáticos no hay ninguna particularidad en este eslabón. No existe ninguna aplicación problemática o novedosa de la Corte Suprema con respecto a los poseedores, los verbos rectores no admiten mayor discusión y el hecho de que la mayoría de las capturas estén mediadas por una etapa de investigación garantiza un proceso penal sin problemas. La pena promedio para los poseedores es de 147,23 meses y la multa es de 4382 salarios mínimos (ver anexo 5), con una tasa media de variación estándar para las penas, puesto que existen dos sentencias en las que no se aplica la agravante relacionada con la cantidad y en consecuencia bajan un poco las penas y como ha sido constante en los casos anteriores, con una tasa de variación estándar incomprensible en las multas puesto que existen providencias con multas de 1,33 salarios mínimos y otras con más de 38.000 salarios. Vale la pena hacer un repaso de la decisión de 1, 33 salarios mínimos.

Dicha providencia tiene por radicado el número 33505⁷⁰. En ella, se narra la historia de un hombre que es sorprendido dentro de su vivienda con 75. 31 gramos de marihuana. En el recurso extraordinario de casación el demandante solicita la absolución del procesado argumentando que ostentaba el narcótico con uso medicinal, ya que la usaba para paliar los dolores producto de una enfermedad renal crónica que padecía. El demandante hace especial mención a que en virtud del

70 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 10 de marzo de 2010, radicado 33505. Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.

consumo medicinal al que el procesado destinaba la marihuana y que no se acreditó que la conducta estuviera excediendo el fuero personal del sujeto, no existía ninguna infracción al bien jurídico colectivo.

La Corte decide no casar el recurso en virtud de que el demandante se limitó a mencionar la sentencia y a enunciar la enfermedad del sujeto, pero no demostró la condición de adicción o como este tipo de enfermedades podrían ser tratadas por medio del consumo de marihuana. En este punto no existe ninguna objeción frente a la posición de la Corte. De igual forma, cómo en el caso de los correos humanos, la casación es una institución jurídica que se queda corta para abordar los problemas en abstracto. Puntualmente, a partir del caso presentado, se hace necesario debatir como el consumo de estupefacientes motivado por una enfermedad podría llegar a constituirse como una situación estado de necesidad⁷¹. Habría que preguntarse cuál habría sido el resultado de éste caso si se hubiese presentado en el presente año, en el que se aprobó la ley que regula la producción de medicamentos derivados del cannabis y en el que existen providencias que han absuelto a procesados portando una cantidad mayor de estupefacientes (radicado 42417).

3.10 Expendedores

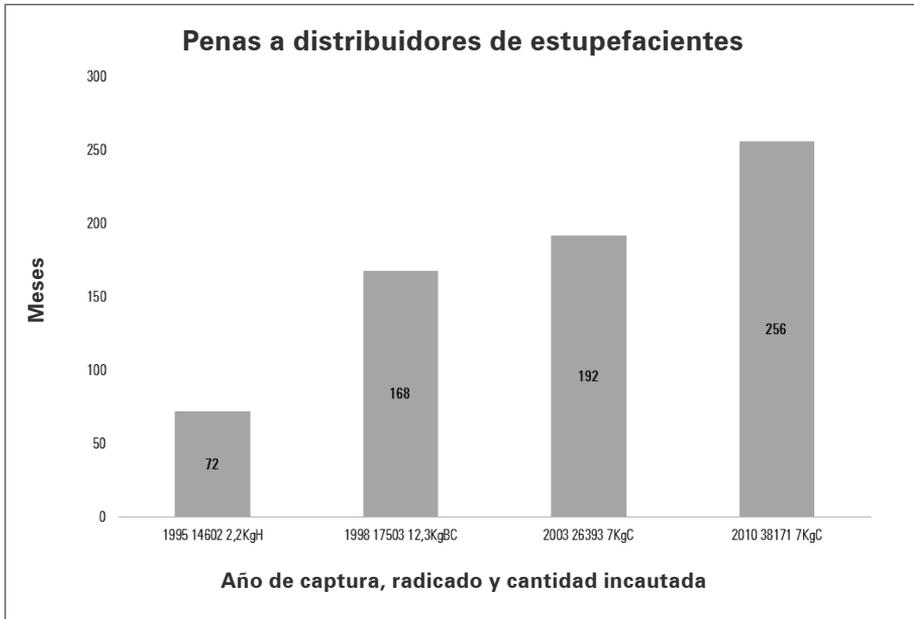
Los expendedores son los sujetos que se encargan de la comercialización de los estupefacientes. El verbo rector que se utiliza para castigar la conducta es “vender”. Con el ánimo de ser lo más claro posible se acuñaron dos categorías para separar a dos sujetos que son vistos por la institucionalidad como iguales, pero que en la práctica ocupan un rol muy distinto en las redes de narcotráfico.

3.11 Distribuidores o “*narcomayoristas*”

El primer concepto es el de *narcomayorista*, éste hace referencia al distribuidor o al vendedor que se dedica a traficar grandes cantidades de estupefacientes. Algunas de sus características son las siguientes: el comprador es conocido de antemano, su captura siempre está mediada por actividades investigativas de la

71 En el caso del consumo motivado por enfermedad se trata de un estado de necesidad justificante, puesto que el bien jurídico vida o integridad personal puede entenderse más importante que el de salud pública cuando el peligro objetivo a éste último es mínimo, como en este caso. Ahora bien, en los casos de los correos humanos que se ven forzados a transportar estupefacientes por su precaria situación económica se trataría de un estado de necesidad exculpante, ya que el interés de acrecentar el patrimonio no es superior al de proteger la salud pública, por lo tanto, no es justificable pero no se puede exigir otra conducta, con lo que se excluye la culpabilidad. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal parte general. Décima edición*, cit. P. 467.

DIJIN o de la inteligencia del ejército nacional y en tres de los cuatro casos se aplica el agravante referente a la cantidad, lo que revela que la mayoría de ellos no se dedica a negocios pequeños. La pena promedio para este grupo de individuos es de 172 meses de prisión y la multa promedio asciende a 1633 salarios mínimos. La variación estándar es normal puesto que las muestras poseen varios valores en los que no hay patrones comunes que permitan establecer una media clara.



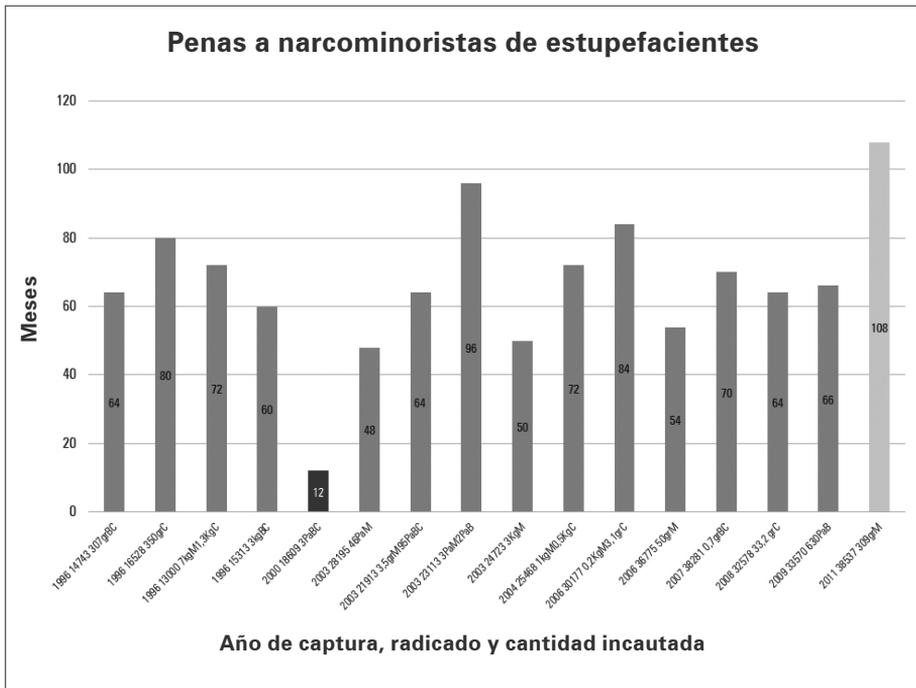
3.12 Narcominoristas o “jibaros”

El segundo concepto es el *narcominorista*, tradicionalmente conocido como “jibaro”, y este describe a los sujetos que se dedican a la venta al menudeo de narcóticos. En este caso, a diferencia de los distribuidores -en el que la totalidad de los capturados son hombres- gran parte de los *narcominoristas* son mujeres, en total el 45% (8 de las 17 sentencias)⁷² y en ninguno de los casos se aplica al agravante por la cantidad contenida en el artículo 384 del CP. Probablemente esa sea la diferencia trascendental entre uno y otro actor, el capital para acceder a una cantidad más amplia de narcóticos para poder comercializarlos.

Contrario a lo que se podría pensar, la mayoría de los *narcominoristas* venden el producto desde sus viviendas y el motivo de su captura es la información suministrada

72 DEJUSTICIA, *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento, Una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe*, p. 9.

por vecinos. Claro está, todas las capturas estuvieron mediadas por allanamientos debidamente autorizados. Solo en cuatro casos se registraron capturas en flagrancia a expendedores que trabajaban en las calles. Otro punto en el que se diferencian las dos categorías es en la motivación de la captura, para la totalidad de los distribuidores existía un proceso investigativo. En cambio, las capturas en flagrancia para los narcominoristas son producto del azar y no de actividades sistemáticas de inteligencia por parte de un organismo del Estado, lo que en cierto sentido permite inferir que su rol en la cadena de valor del narcotráfico es menos priorizado en términos de política criminal y también que su rol en las organizaciones criminales es marginal, prescindible.



La pena promedio es de 66,5 meses de prisión, con una mínima tasa de variación estándar, ya que solo existe una sentencia que se aleje radicalmente del promedio, en la que extrañamente se condena solo a 12 meses de prisión⁷³. La multa promedio es de 16,89 salarios mínimos con poca variación estándar, puesto

73 La razón del monto de esta pena es que el individuo es juzgado con la ley 30 de 1986 antes de que esta tuviera alguna modificación. Por lo que se aplica el segundo inciso del artículo 33 que contempla una pena de 12 meses de prisión cuando el objeto material de la conducta no supere los 100 gramos tratándose de cocaína.

que hay una gran variedad de cifras en relación con las multas. Al parecer estas, a diferencia de las penas, resultan proporcionales a la cantidad de estupefaciente que es incautado. En comparación con los distribuidores no existe ninguna providencia en la que se castigue un expendedor de heroína, los productos predilectos son el bazuco, la cocaína y en menor medida la marihuana.

La sentencia representada en la gráfica con color naranja tiene varias particularidades que merecen ser resaltadas⁷⁴. El caso en cuestión narra la historia de un hombre que es capturado en un bar con 1,2 gramos de cocaína repartidos en cinco bolsas. Su captura fue motivada por la llamada de los vecinos que reportaron que éste hombre se dedicaba a la venta de estupefacientes. El juez de primera instancia lo condena a 12 meses de pena privativa de la libertad y le concede el beneficio de la prisión domiciliaria. En segunda instancia, el Tribunal de Antioquia absuelve al procesado en virtud de que la cantidad de sustancia incautada solo superaba en 0,2 gramos la barrera de la dosis personal.

La Fiscalía presenta demanda de casación sustentada en que no fueron valorados integralmente los testimonios de los policías, en los que se afirma que el sujeto tenía la sustancia por razones teleológicas al expendio y que en consecuencia si existe una lesión efectiva al bien jurídico tutelado. La Corte casa la sentencia basada en este argumento. Es importante evidenciar esta sentencia porque muestra un supuesto que había sido enunciado en la jurisprudencia con respecto a la dosis de aprovisionamiento, pero del que no se conocían decisiones judiciales, los casos en que se capturan expendedores con una cantidad igual o menor a la dosis personal. Es claro que independientemente de la cantidad de sustancia, la conducta de éstos sujetos ofrece un peligro para la salud de la colectividad, ya que están poniendo las drogas ilícitas en el mercado. Sin embargo, esta sanción debe ser acorde al grado de afectación del bien jurídico.

La providencia con radicado número 38537, de color verde en la gráfica, muestra la aplicación de la única agravante que conjura el disvalor de acción y el del resultado de todas las dispuestas en el artículo 384⁷⁵, el uso de menores de edad

74 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 8 de agosto de 2005, radicado 18609. Magistrado Ponente Herman Galán Castellanos.

75 El disvalor de acción hace referencia a que la conducta resulta más reprochable en la categoría de la culpabilidad al momento de su comisión; mientras que el disvalor de resultado se caracteriza porque el efecto de la conducta es más nocivo para la sociedad, ya sea porque afecte más intensamente el bien jurídico tutelado por el tipo básico o porque afecte otro bien jurídico. Su combinación es la única forma de sustentar totalmente la agravante. STRATENWERTH, GUNTER, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*, Segunda edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2006, p. 26.

para ejecutar los actos de tráfico⁷⁶. En el caso en cuestión se narra la historia de una mujer que se dedicaba al expendio de estupefacientes dentro de su vivienda, cuando los policías intentaban ingresar al inmueble para realizar el allanamiento, la hija de la mujer trancó la puerta mientras su madre votaba la sustancia por el sifón, momentos después los policías ingresaron a la fuerza y recuperaron del sifón 309 gramos de marihuana⁷⁷. Cabe anotar varias precisiones. En primer lugar, la Fiscalía intentó concursar los artículos 376 y 377, la venta de estupefacientes y la destinación ilícita de inmuebles. El juez de primera instancia no aceptó la imputación realizada y absolvió a la procesada de la conducta de destinación ilícita de inmuebles. También es importante cuestionar la aplicación de la agravante, puesto que, si bien la menor se opuso al ingreso de los policías, en la sentencia no se deja claro que ésta haya ejecutado alguna conducta relativa a la venta que es a lo que se refiere puntualmente la agravante.

3.13 Cargos administrativos

La característica más notoria de esta categoría es que en la mayoría de los casos, por tratarse de organizaciones criminales compuestas, se concursan el delito de porte, tráfico o fabricación de estupefacientes con el concierto para delinquir. Este último tipo no está diseñado para proteger la salud pública sino la seguridad pública, su función se circunscribe a garantizar un orden mínimo de seguridad que permita el desarrollo de la paz como sensación o ambiente constante o estable en el territorio⁷⁸. Se trata de un tipo de peligro en abstracto, puesto que no es necesario que se ejecuten los actos delictivos para que sea castigado, el delito se configura con la existencia de la reunión y el acuerdo para cometer los delitos y su función es la de inhibir la formación y el desarrollo de organizaciones de crimen organizado. La actual jurisprudencia de la Corte Constitucional considera que el concierto para delinquir tiene tres elementos constitutivos: “el primero hace referencia a que debe ser una organización de carácter permanente que tenga como objetivo lesionar bienes jurídico indeterminados, el segundo es que dichos miembros deben estar vinculados a la organización por medio de un acuerdo de voluntades que les permita

76 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 18 de julio de 2012, M.P.: José Leonidas Bustos. Radicado 38537.

77 *Ibidem*.

78 CRUZ, FERNANDO, “*Los delitos contra la seguridad pública*”, en: *Lecciones de derecho penal: parte especial*, Editor Hernando Barreto Ardila, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003 p. 467. Para un análisis de la seguridad pública en el marco de las protestas viales véase CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-742 de 2012. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

alcanzar dicho objetivo y el tercero, es que éstas acciones pongan en peligro efectivo a la seguridad pública”⁷⁹.

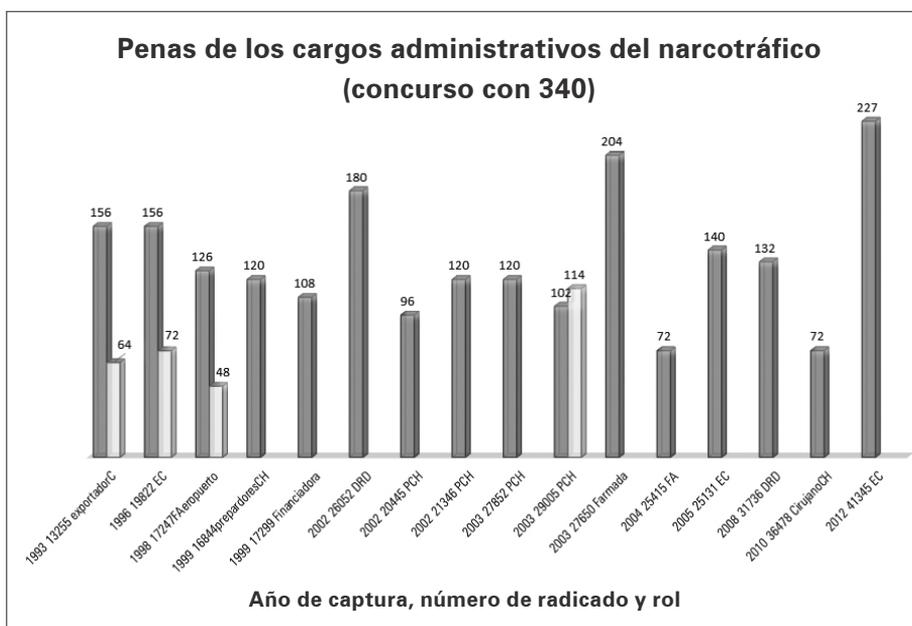
Ahora bien, teniendo la anterior reflexión en cuenta, es claro que esta categoría incluye a los individuos que se encuentran en la cima de la cadena del narcotráfico, o por lo menos, a las personas que se encargan de hacer operaciones administrativas cuyo ámbito de aplicación no se encuentra recogido en el artículo 376 de manera directa. Un punto en común es que en todas las providencias consultadas existe una clara división del trabajo criminal. En ellas se evidencia, a diferencia de las categorías anteriores, que el accionar de la Fiscalía tuvo por objeto la desarticulación de organizaciones criminales y no la captura de individuos aislados. Así mismo, en la totalidad de los casos las capturas estuvieron mediadas por largos periodos de investigación y un punto clave para probar la asociación para delinquir, es que en casi todos los casos la comunicación entre los miembros de las bandas delincuenciales se daba por medio de lenguaje en clave. Un punto interesante, es que el 32% de las personas que ejecutan operaciones administrativas en el mercado criminal del narcotráfico son mujeres, lo que permite inferir que su participación en este tipo de delitos no solo se da en eslabones marginales.

Dentro de la gráfica se encuentran miembros de las fuerzas armadas que facilitaban el paso de los estupefacientes en alta mar (Farmada en la gráfica), empleados del Aeropuerto El Dorado que dejaban pasar grandes cantidades de droga en vuelos comerciales y de carga (FA), preparadores y reclutadores de correos humanos (PCH), directores de redes locales de distribución de estupefacientes (DRD) y algunos directores de redes de exportación de narcóticos (EC). A éstos últimos hay que referirse como algunos, porque la mayoría de ellos se encuentran extraditados. Al realizar la pesquisa que dio lugar a esta investigación, la mayor parte de los criterios arrojaba solicitudes de extradición, por tratarse de un control obligatorio para la Corte Suprema de Justicia. Por falta de información, ya que fue imposible acceder a las sentencias que los condenaban en otros Estados, mayoritariamente en Estados Unidos y en España, no se tendrán en cuenta las penas endilgadas a éstos. Sin embargo, en el libro de códigos se puede consultar los radicados de las solicitudes de extradición si es del gusto del lector.

La gráfica tiene varias particularidades que es pertinente describir. Los criterios en que se encuentren dos barras representan casos en los que hay imputaciones por autoría y por complicidad (autoría en azul, complicidad en naranja). Si existen dos barras azules, significa que dos individuos fueron juzgados por coautoría, pero con penas diferentes. Las barras de color azul también representan los casos en

79 PAZ, GONZALO, *El concierto para delinquir*, Bogotá, Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2009, p. 72.

que se concursan las conductas de porte, tráfico o elaboración de estupefacientes con el concierto para delinquir, hoy en día contenido en el artículo 340 del Código Penal, pero que, para cada sentencia, puede variar entre el artículo 44 de la ley 30 de 1986 o el artículo 8 de la ley 375 de 1997. Las barras de color violeta muestran los casos en que sólo se imputó el concierto para delinquir. En cambio, el color vino tinto representa los casos en que solo se condenó por la ejecución de actos de porte, tráfico o fabricación. El negro simboliza que se concursan tres conductas punibles, estas serán mostradas a profundidad en el aparte de problemas concursales. La pena promedio es de 121,56 meses con poca tasa de variación estándar, puesto que cada criterio muestra resultados disimiles. En el caso de la multa, su promedio es de 1728 salarios mínimos (anexo 8), con una alta tasa de variación estándar, puesto que existen providencias con multas astronómicas, más de 6000 salarios mínimos, y otras con multas mínimas, de 20 o 30 salarios mínimos.



3.14 Problemas en la autoría

La sentencia con radicado 25415 revela un interesante debate en términos de autoría⁸⁰. En el caso en cuestión se narra la historia de una ciudadana belga que se desempeñaba como correo humano. Tras acogerse a sentencia anticipada revela

80 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 27 de octubre de 2008, radicado 25415. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

que hacía parte de una red criminal dentro de la que se encontraban dos agentes del DAS, que tenían la labor de facilitarle el paso del alcaloide en el aeropuerto El Dorado. La primera imputación que realizó la Fiscalía acusaba a los funcionarios públicos del incumplimiento del artículo 39 de la ley 30 de 1986⁸¹, puesto que no investigaron a un sujeto que tenía como objetivo transportar cocaína en el aeropuerto que ellos tenían como misión cuidar, procurando de esta manera su impunidad. Luego, se modificó la adecuación típica y se acusó por la comisión de la conducta de porte, tráfico o fabricación de estupefacientes en calidad de autores.

Este caso plantea un debate interesante frente a la aplicación de la coautoría o de la complicidad en este tipo de situaciones. Los agentes del DAS no ejecutaron el acto típico en sentido estricto, no llevaban consigo el estupefaciente, pero sí participaron en la resolución común delictiva, puesto que conocían de antemano a la ciudadana belga y podría decirse que su función omisiva en la fase ejecutiva era necesaria, puesto que así el correo humano cumpliría su objetivo sin ningún tipo de inconveniente⁸². Por el otro lado, también podría argumentarse que se trata de un caso de complicidad, ya que la cooperación por medio de la conducta omisiva, no era necesaria para lograr la exportación de los estupefacientes, era simplemente una contribución. Además de que en virtud de que no tenían control directo de las sustancias ilícitas, uno de los elementos estructurales del tipo, no había dominio funcional del hecho y por lo tanto su labor es recogida por la institución de la complicidad.

3.15 Problemas concursales

El caso de radicado 26052 narra una situación que había sido una constante para las categorías de los expendedores y los poseedores, el concurso de los tipos 376 y 377 cuando la conducta se lleva a cabo dentro de un bien inmueble⁸³. En los casos de los actores referenciados, los jueces de primera o de segunda instancia

81 Artículo 39: El funcionario empleado público o trabajador oficial encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en delitos o contravenciones de que trata el presente Estatuto, que procure la impunidad del delito, o la ocultación, alteración o sustracción de los elementos o sustancias decomisados o facilite la evasión de persona capturada, detenida o condenada, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, pérdida del empleo e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término.

82 ROXIN, CLAUDIA, *Derecho Penal parte general, Tomo II especiales formas de aparición del delito*, Madrid, Editorial Civitas, 2011, p. 151.

83 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 13 de febrero de 2008, radicado 26052. Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés.

habían desestimado este concurso material. En esta situación, en los que los presupuestos fácticos no se alteran, puesto que se captura a las cabezas de una banda delincencial que expendía bazuco dentro y fuera de su casa, la CSJ avala este concurso. En el recurso de casación, el demandante deja claro este punto de vista, pero la Corte, en virtud de que inadmite el recurso no evalúa la situación en absoluto. Si bien la decisión fue procesalmente correcta, cabe cuestionarse que tan bien se está cumpliendo con la función de unificación jurisprudencial, cuando hay dos aplicaciones diferentes de la teoría del delito para casos prácticamente iguales.

El otro caso que trae consigo un problema concursal es el contenido en la sentencia de radicado 27650⁸⁴. Allí, se hace referencia a la conducta desplegada por un ex oficial de la Armada que vendía las coordenadas de los buques que se encontraban en el Mar Caribe para que los narcotraficantes pudieran sortearlos sin problema. La Fiscalía imputa los delitos de narcotráfico (no se hace referencia a que verbo rector ni a qué tipo), concierto para delinquir y espionaje. El juez de primera instancia desestima los dos últimos y condena al sujeto a 60 meses de prisión como autor de narcotráfico. La Fiscalía apela y el Tribunal lo condena por los delitos contenidos en el escrito de acusación original a 204 meses de prisión. La Corte mantiene incólume la decisión del Tribunal.

El anterior caso ejemplifica un problema común en los casos en que se concurra el concierto para delinquir y alguna de las conductas contenidas en los artículos 375 y 376: los verbos rectores de éstos últimos no son ejecutados directamente por quienes realizan el concierto, lo que obliga a utilizar dispositivos amplificadores del tipo, como la coautoría, la autoría mediata o la complicidad. Esta afirmación se puede evidenciar en los casos de los facilitadores aeroportuarios y de los reclutadores de correos humanos. Hay que tener en cuenta también la modificación introducida al artículo 340 por la ley 1121 de 2006 que agrava el concierto para delinquir cuando su finalidad sea el tráfico de estupefacientes, lo que deja la pena mínima para esta conducta en ocho años de prisión, teniendo en cuenta que se aumentará en la mitad para quien organice, fomenta, promueva, dirija, encabece, constituya o financie el concierto para delinquir; modificación que resulta útil para perseguir a la delincuencia organizada que no ejecuta, ni siquiera usando dispositivos amplificadores del tipo, los actos ligados a las operaciones necesarias para mantener a flote el mercado del narcotráfico. Sin embargo, si se compara la modificación dispuesta en el artículo 340 con las penas de los sujetos que ejecutan los actos dispuestos en los artículos

84 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 28 de noviembre de 2007, radicado 27650. Magistrado Ponente Sigfrido Pérez Espinosa.

375 y 376 no hay mayor disparidad, ya que para los portadores -el eslabón más débil en la cadena del narcotráfico- la pena mínima es cercana a los seis años, pero si se trata de conservadores o transportadores la pena mínima será de más de 21 años teniendo en cuenta la aplicación de la agravante por la cantidad.

3.16 Blanqueadores de dinero del narcotráfico

La función de un blanqueador de activos es realmente importante para el sostenimiento del narcotráfico, ya que permiten legalizar todos los dividendos de la actividad ilícita y de ésta manera procurar la terminación del ciclo de persecución criminal, puesto que el dinero terminará siendo legal⁸⁵. En general, estos individuos se encuentran fuera de la línea de producción y comercialización de las sustancias ilícitas, pero no por esto su accionar es menos nocivo, ya que su operación paralela permite el advenimiento de más capital para invertir en las externalidades del negocio. Son dos delitos férreamente relacionados, pero cuyos ejecutores rara vez coinciden en sus acciones, por ello dentro de las providencias analizadas no se encuentra ningún concurso entre lavado de activos y cualquier tipo que proteja la salud pública. Algo que resulta curioso es que el 24% de los sujetos implicados en estos delitos son mujeres, por lo que se observa un patrón de feminización del delito en los eslabones más altos de la cadena del narcotráfico. Cabe anotar que la inserción de este tipo en el Código Penal de Colombia tiene como principal inspiración la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, lo que refuerza la tesis de la correlación entre los delitos. En ésta convención, los Estados firmantes se obligan a tipificar el aprovechamiento de los dividendos obtenidos directa o indirectamente del narcotráfico⁸⁶.

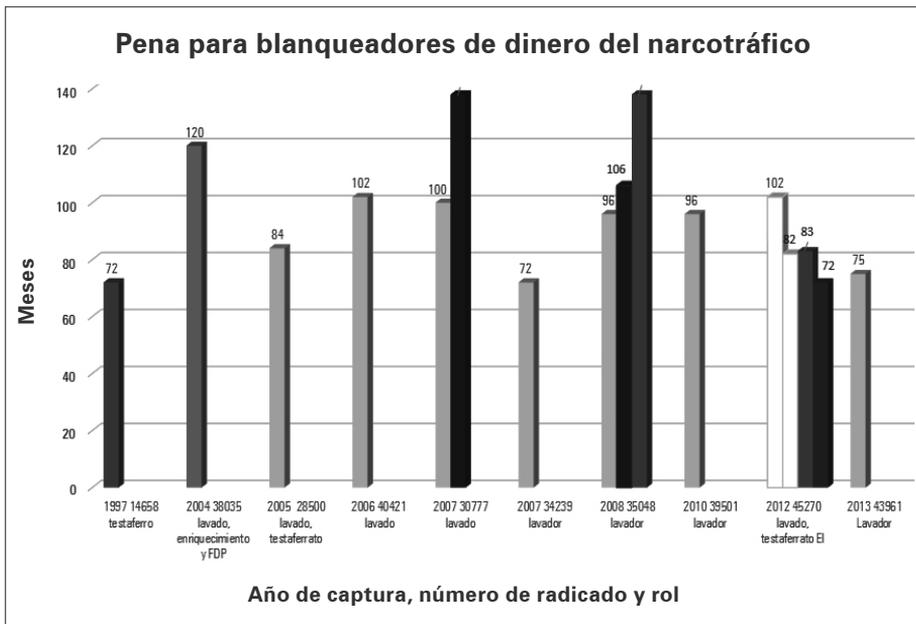
Por cuestiones de espacio, en este texto no es posible profundizar en el tipo de lavado de activos. Por ello me limitaré a exponer cómo en las providencias se evidencia la relación entre estos delitos y el narcotráfico, que agravantes de las contenidas en el artículo 323 del CP se están aplicando y el promedio de las penas y las multas de estos sujetos.

Al realizar la búsqueda en el sistema virtual de la Corte Suprema de Justicia, el criterio utilizado fue el de "lavado de activos" luego se filtraron todas las providencias

85 Esta conducta se encuentra tipificada en el artículo 323 del CP y tiene una pena mínima de 10 años y una máxima de 30.

86 RUIZ, CARMEN; VARGAS, RENATO; CASTILLO, LAURA; CARDONA, DANIEL, *El lavado de activos en Colombia, consideraciones desde la dogmática y la política criminal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 155.

en los que este actuar se diera en relación con dineros provenientes del narcotráfico. Además del tipo de lavado de activos, se encontraron providencias de testaferrato y de enriquecimiento ilícito, por tratarse de delitos con identidad de bienes jurídicos, con una construcción típica muy parecida y en general que intentan perseguir la misma conducta se hará un análisis conjunto, de allí que la categoría se denomine blanqueadores de dinero y no lavadores. Todos estos actores son relacionados con el narcotráfico por labores de inteligencia realizadas en su mayoría por la DEA, en otros casos por organismos de inteligencia colombianos, que muestran la relación que estos sujetos manejaban con actores que se dedicaban directamente a la exportación de estupefacientes. En la mayoría de los casos, las actividades criminales se ejecutaban por medio de casas de cambio, lo que nos invita a pensar que el mercado de las divisas no tiene un control judicial tan asiduo que permite que este negocio se utilice como fachada para esconder operaciones criminales.



En la gráfica el color naranja representa el concurso del tipo de lavado de activos con el de enriquecimiento ilícito⁸⁷. El amarillo representa la agravante contenida en

Es importante hacer mención que hay situaciones en las que los operadores judiciales conciben que en este caso existe un concurso material entre las dos conductas, mientras que, en otras situaciones con los mismos presupuestos fácticos, conciben que se trata de una aplicación del principio de consunción, en relación a que el aumento patrimonial no justificado que se deriva de la actividad de

el artículo 324, puesto que la actividad delictiva se desarrolla por medio de una persona jurídica. El color violeta representa el aumento punitivo por el hecho de obrar en coparticipación criminal, numeral 10 artículo 58 del Código Penal. El gris muestra los casos en que la conducta se ejecuta por medio de operaciones de cambio o de comercio exterior, mereciendo la agravante contenida en el cuarto inciso del artículo 323. El rojo revela la imputación de concierto para delinquir agravado, puesto que el rol del actor no era directamente el lavado de dinero, sino realizar todas las operaciones administrativas de la organización que se encargaba de ello. El color verde hace referencia a la aplicación del tipo de testaferrato. El amarillo degradado, presente en la providencia con radicado número 43270 hace referencia a la aplicación del tipo de enriquecimiento ilícito sin el concurso con lavado de activos.

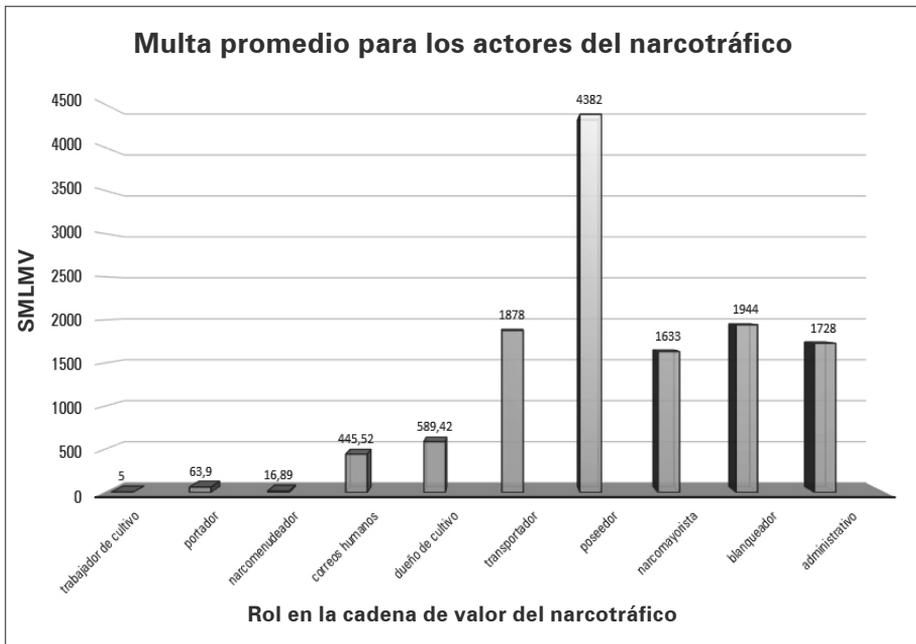
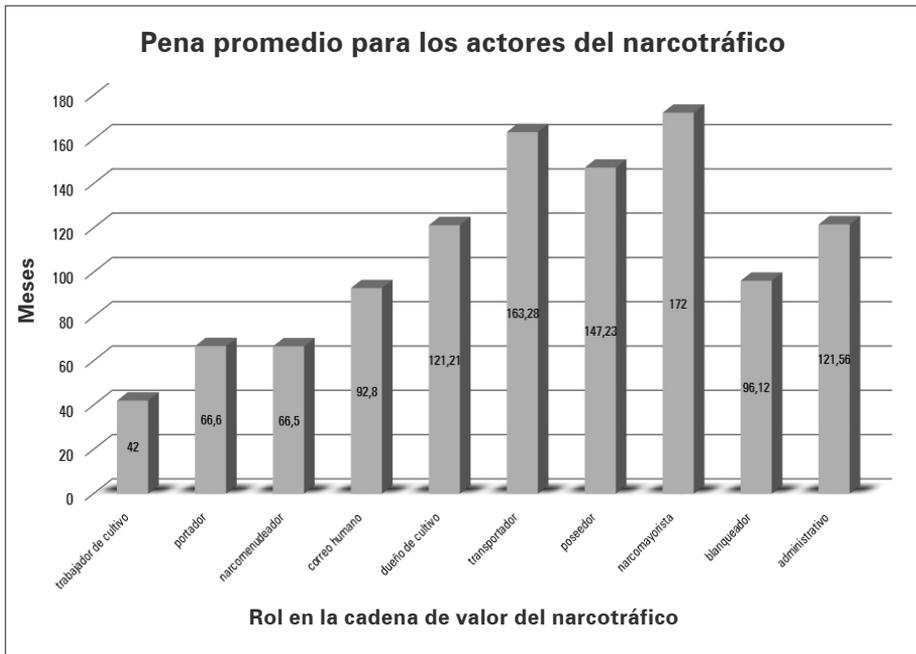
Este grupo de individuos se podría considerar como el candado de la cadena operativa del narcotráfico, puesto que no pertenecen directamente al sistema operativo de producción y comercialización, pero garantizan la cohesión de la operación criminal a través de la legalización del dinero ilícito. Hay una variedad de conductas punibles con las que puede ser ejecutada esta operación, sin hablar de todos los verbos rectores que éstas formas incluyen, lo que nos invita a pensar que no es una operación monolítica y que en realidad su persecución penal es mucho más compleja que la de los actores directos del narcotráfico. La pena promedio para los blanqueadores de dinero es de 96,12 meses y la multa promedio asciende a 1944,33 salarios mínimos, con una alta tasa de variación estándar, puesto que existen dos providencias que imponen multas entre los 4000 y los 6000 salarios. Sin éstas, el promedio caería a 822 salarios mínimos.

4. Conclusiones

Este último par de gráficas muestran el promedio de pena y multa impuesta a todos los actores de la cadena de valor del narcotráfico y en cierto sentido condensan la presente investigación. Por ello, a la par que se extrapolan conclusiones de las gráficas se mencionaran las conclusiones del trabajo. En primer lugar, independientemente el rol que se ejecute, las penas son ostensiblemente altas, la pena promedio entre todos los actores es de 105,64 meses, solo 22 meses menos que la pena mínima para la tortura, una conducta socialmente más desvalorada y que afecta bienes jurídicos concretos. En segundo lugar, pese a que los artículos 375 y

lavado de activos, se presenta como un hecho impune posterior a este mismo delito. Véase en: TSDJ de Bogotá, Sentencia del 24 de agosto de 2004 e 11001070400820030019242 y en POSADA, RICARDO, *Delito continuado y concurso de delitos*, cit., p. 239.

376 muestran una gran cantidad de verbos rectores y no existe ninguna diferenciación punitiva entre quien los ejecuta, se marca una ruptura en las penas impuestas.



Las cuatro primeras categorías de las gráficas (trabajador de cultivo, portadores, *narcominoristas* y correos humanos) tienen una pena ostensiblemente menor que los siguientes individuos en la gráfica (dueños de cultivo, transportadores, poseedores y *narcomayoristas*). La razón de esta diferencia es la cantidad de sustancia incautada al momento de la captura. En muy pocos casos se aplica a los primeros individuos la agravante contenida en el numeral 3 del artículo 384 y en muy pocos casos se deja de aplicar para las siguientes cuatro categorías. Además, en la gran mayoría de las providencias donde se aplica esta agravante la sustancia incautada es cocaína o heroína. Entonces, es claro que el factor que el legislador escogió para diferenciar la lesión al bien jurídico tutelado no es acorde a cómo cada conducta lo afecta.

Según el anterior criterio, la conducta más nociva para la salud pública es la del transportista, puesto que es el que más cantidad de sustancias ilícitas moviliza. Esta interpretación no observa que el empleador del transportista, quien recibirá los dividendos de la mercancía movilizada, es quien está gestionando la operación de la totalidad del mercado criminal y, por lo tanto, su conducta debería ser mayormente desvalorada. En sentido abstracto, la pena mínima para un transportista de estupefacientes es de 256 meses prisión, aplicación del artículo 376 agravado por la cantidad. En cambio, la pena de un director de red de distribución es de 160 meses, concurso material del concierto para delinquir agravado y de venta de estupefacientes en calidad de determinador. En sentido concreto, el sujeto que ejecuta un rol administrativo en una organización criminal dedicada al narcotráfico recibe el 75.21% de la pena impuesta al transportador.

Otro factor que resulta curioso es que el portador y el *narcominorista* reciben prácticamente la misma pena. En todas las sentencias analizadas hay una clara diferencia entre las circunstancias que rodean la conducta del uno y del otro. En el caso de los portadores, todos fueron capturados en el medio de labores de vigilancia de la policía. Es decir, no existió ningún tipo de investigación, ni de denuncia ciudadana, ni siquiera un indicio que sugiriera que la sustancia que les fue incautada estuviera destinada a distribuirse, podría afirmarse que la mayor responsable de su captura fue la mala suerte. En cambio, todos los *narcominoristas* fueron capturados en flagrancia o por denuncias ciudadanas que hacían referencia a que en un domicilio determinado se expendían estupefacientes. Es claro que la conducta del uno y del otro es diferente.

Sin embargo, el artículo 376 es incapaz de diferenciar esta condición e impone la misma sanción para las dos conductas. Además, la mayoría de las sentencias casadas se encuentran en la categoría de portadores, puesto que la barrera de la dosis personal es muy gaseosa para determinar cuando la conducta trasgrede la

esfera personal y lesiona la salud pública de la colectividad. De allí, la necesidad de decantar el concepto de dosis de aprovisionamiento a tal punto, que sirva como una herramienta eficiente para que los policías, fiscales y jueces determinen cuando se debe aplicar el derecho penal y cuando no. Más aun teniendo en cuenta que, en la última providencia en materia, se declaró que el consumo de estupefacientes en el espectro personal, independientemente si se es adicto o consumidor, se encuentra afuera del ámbito de aplicación del derecho penal por intención del legislador, ya que el tratamiento de este es atinente a las entidades administrativas de la salud del orden nacional, departamental o municipal⁸⁸.

Un punto que es bastante llamativo es que los dos grupos que más provecho económico sacan del mercado ilícito de las drogas no reciben las sanciones más altas. Además, es curioso conocer que en este rol de la cadena criminal, exista una feminización del delito que no había sido explorada anteriormente por la doctrina. En el caso de los blanqueadores de dinero, independientemente se impute el tipo de testaferrato, lavado de activos o de enriquecimiento ilícito, nunca se concurra junto con el concierto para delinquir, pese a que debe existir una resolución criminal para hacerlo. Esto origina que las penas sean relativamente bajas en comparación de las personas que tienen contacto directo con las sustancias. Por ejemplo, la pena concreta de un blanqueador de dinero del narcotráfico es el 58% de la de un transportador de sustancias ilícitas.

Para el caso de los administrativos, podría pensarse que la razón de esta diferencia obedece a que solo hasta el 2006 entró en vigencia la modificación de la ley 1121 de 2006, que agravó la conducta cuando ésta tuviera como finalidad ejecutar actos de narcotráfico. También, pocas veces la conducta se concurra con el artículo 376 agravado, lo que origina que el concurso con ésta conducta no agrave de sobremanera la pena. Sin embargo, en virtud de que en la muestra solo existe un caso en el que la conducta fue realizada después del 2011, no hay tanta representatividad de la situación actual de la materia. Hoy en día, en términos de proporcionalidad abstracta, el concurso traería consigo una pena de 159 meses como mínimo sin aplicar ninguna agravante y 378 como máximo, aplicando cualquiera de las agravantes contenidas en el artículo 384.

El segundo gráfico muestra el promedio de las multas impuestas a cada actor del narcotráfico. El promedio total es de 1294 salarios mínimos. De entrada, es claro que esta cifra es tan astronómica como la referente a las penas y por lo tanto es desproporcional en sentido concreto. Si bien hay una diferenciación entre el

88 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 9 de marzo de 2016, radicado 41760. Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier.

promedio de las multas atinentes a cada rol, en el que los cargos marginales reciben una multa mucho menor en comparación con los cargos administrativos o con los blanqueadores de dinero, existen contradicciones que deben ser resaltadas.

En primer lugar, pareciera existir una tendencia en que la multa se encuentra delimitada por el valor objeto del delito y no por el beneficio reportado para el actor por su conducta o por su situación socioeconómica⁸⁹. La doctrina española ha reconocido que éste último criterio debe ser el más importante para fijar la multa, deduciendo la situación económica del reo a partir de sus ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo⁹⁰. Siguiendo esta línea argumentativa, resulta contradictorio que los transportadores o los poseedores reciban penas de un valor similar a los sujetos que ejecutan operaciones administrativas, simplemente por el hecho de que por su rol tengan un contacto mucho más cercano con el objeto material del delito al momento de su captura.

En los últimos años, la herramienta más eficiente para oxigenar el sistema carcelario, han sido los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad. Los más usados son la prisión domiciliaria, la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional. En la presente muestra, al momento de la audiencia de lectura de fallo y de individualización de la pena el 95.53% de los sujetos no recibieron ningún tipo de subrogado, sin importar que tan marginal sea su conducta su destino es la prisión. El 3.57% recibe el beneficio de la prisión domiciliaria y el 0.89% la suspensión de la ejecución de la pena. Es importante recalcar que a los únicos roles que se le concedieron los subrogados fueron a los portadores, a los *narcominoristas*, a los trabajadores de cultivo y a los correos humanos que a la vez resultan siendo los roles marginales en la cadena del narcotráfico. El único caso de suspensión de la ejecución se dio en razón a que se imputó la conducta a título de complicidad, por lo que se cumplen los requisitos objetivos en virtud del monto de la pena. La concesión del subrogado de prisión domiciliaria, obedece a que en tres de los cuatro casos las procesadas eran madres cabeza de hogar. En el cuarto caso no se especifica en la sentencia.

89 Si bien el artículo 39.3 se afirma que la determinación de la multa debe obedecer al daño causado por la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito y la situación económica del condenado, los datos de la presente investigación indican que, por lo menos en materia de drogas, el factor preponderante es el objeto material del delito.

90 CACHÓN, MANUEL, *“La pena de días-multa: el difícil juicio sobre la capacidad económica del acusado”*, en: *Problemas actuales de la justicia penal, los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos y las penas de multa*, director Joan Picó, Barcelona, José María Bosch editor, 2001, p. 183. No se hace alusión a la doctrina colombiana puesto que en la materia puntual de consulta no ha existido una exploración profunda del tema.

De igual forma, la institución de la casación merece reflexión, puesto que el 60% de todos los recursos presentados en materia de narcotráfico, son inadmitidos porque no cumplen con la carga argumentativa propia del recurso. No es posible que los profesionales del derecho estén usando un mecanismo procesal extraordinario sin observar los requisitos de forma que este impone, más aun, teniendo en cuenta la cantidad de recursos económicos que esta operación representa para la rama judicial. El 40% restante se reparte entre un 23,47% de sentencias que no casan y un 17,53% de veces en las que el recurso es procedente. Otro aspecto preocupante es la pobre labor que está realizando la Corte Suprema de Justicia unificando la jurisprudencia en materia, trabajo que permitiría crear una ruta interpretativa para todos los operarios jurídicos del país, que ya se lo han reclamado de manera concreta, como en el caso de radicado 42417, en donde el Tribunal Superior de Medellín de manera directa se aparta de la jurisprudencia.

Este trabajo debe estar orientado a realizar una aproximación más profunda al concepto de dosis de aprovisionamiento. En materia de concursos, debe establecer si existe concurso ideal entre los delitos de lavado de activos y de enriquecimiento ilícito, ya que hay providencias que lo avalan y otras que no, además de dar cuenta de cómo el tipo de lavado de activos puede concursar con el de concierto para delinquir. También es necesario brindar claridad en el concurso entre los artículos 376 y 382 cuando el mismo sujeto adquiere o posee las sustancias para el procesamiento de la cocaína y la elabora. A mi modo de ver se debería tratar como concurso aparente y únicamente imputar el artículo 376. Otro debate sin resolver es el relacionado con el concurso del artículo 377 y el 376 o el 375 cuando el sujeto ejecuta actos de cultivo, venta o elaboración en un inmueble. Con respecto a la autoría, es pertinente evaluar cómo la autoría mediata funciona en el caso de los correos humanos de estupefacientes. Así como delimitar cuándo es procedente imputar los artículos 375 y 376 a título de complicidad, en especial con referencia a los cultivadores de estupefacientes y a las esposas de los grandes distribuidores de cocaína. Por último, se debe profundizar sobre la insuperable coacción ajena de los grupos delincuenciales sobre los cultivadores, como causal de ausencia de responsabilidad.

En lo referente al lenguaje, las altas cortes se refieren a los consumidores de estupefacientes de manera discriminatoria. En más de una ocasión, la CSJ, por ejemplo, ha afirmado que: "quien consume sustancias psicoactivas de forma habitual o esporádica se trata de un ser humano en situación de enfermedad y que por ende merece de toda la atención en salud por parte del Estado"⁹¹. Si bien son enfáticas en

91 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 9 de marzo de 2016, radicado 41760. Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier.

que la forma de encarar el problema es por medio de un enfoque de salud pública, ven a todos los consumidores como enfermos que necesitan tratamiento, ignorando por completo el consumo recreativo de sustancias psicoactivas y reduciendo la dignidad humana a la asepsia del buen padre de familia y a un modelo de individuo unidimensional.

5. Recomendación de reforma típica

Según el informe nacional de drogas del año 2015, el 13,75% de la población carcelaria se encuentra reclusa por delitos relacionados con estupefacientes. En las mujeres, el porcentaje es cercano al 50% la mayoría de estas se desempeña como correo humano o como vendedora minorista de estupefacientes, lo que coincide con los datos de las investigaciones cualitativas en la materia⁹². Además, el 93 % de las personas, sin importar el rol que desempeñan, son capturados con menos de 250 gramos de sustancia (ver anexo 11)⁹³, lo que revela que el sistema penitenciario colombiano está saturado por los roles marginales en la cadena operativa del narcotráfico. Por la cantidad se podría especular que se trata de portadores y *narcomenudeadores* en su mayoría, puesto que en la presente muestra estos fueron capturados en promedio con 157⁹⁴ y 1130 gramos respectivamente.

Por ello, los artículos del CP que hemos venido tratando se deben repensar en función de que éstos sujetos puedan hacerse acreedores de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad desde su captura. Más aún, teniendo en cuenta que el propio Ministerio de Justicia ha determinado la necesidad de establecer alternativas al encarcelamiento para los delitos de menor gravedad relacionados con las drogas⁹⁵. De igual forma, se hace necesario legislar lo desarrollado por la jurisprudencia, en el sentido en que se deben introducir las reformas conceptuales usadas por la Corte Suprema de Justicia, en especial lo que respecta a la dosis de aprovisionamiento y la atipicidad del porte para el consumo estrictamente personal.

A continuación, se mostrará la versión actual de los artículos y su propuesta de reforma.

92 EDWARDS, SANDRA, *La legislación de drogas en Ecuador y su impacto sobre la población penal del país*. En: *Sistemas sobrecargados, leyes de drogas y cárceles en América Latina*, WOLA, Washington, 2010.

93 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, *Reporte de drogas de Colombia año 2015*, p. 169.

94 Para hallar este valor fue necesario no tener en cuenta las dos providencias en que los sujetos portaban 7 kilogramos de marihuana, puesto que con éstas los resultados ascenderían a 6864 gramos en promedio por captura, lo que no es acorde a la mayoría de los casos.

95 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, *Reporte de drogas de Colombia año 2015*, cit., p. 174.

<p>Artículo 375. <i>Conservación o financiación de plantaciones. El que sin permiso de autoridad competente cultive, conserve o financie plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga que produzca dependencia, o más de un (1) kilogramo de semillas de dichas plantas, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y en multa de doscientos (200) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i></p> <p><i>Si la cantidad de plantas que trata este artículo excediere de 20 sin sobrepasar la cantidad de 100, la pena será de 4 a 6 años de prisión y de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i></p>	<p>Artículo 375. <i>Conservación de plantaciones. El que sin permiso de autoridad competente y salvo lo dispuesto para la dosis de aprovisionamiento cultive o conserve plantaciones, entendiéndose plantaciones cómo más de 20 unidades y su producción, de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga que produzca dependencia o más de un (1) kilogramo de semillas de dichas plantas, incurrirá en prisión de treinta y nueve (39) a setenta y dos(72) meses y en multa de uno (1) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i></p>
<p>Artículo 376. <i>Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. <u>Modificado por el art. 11, Ley 1453 de 2011.</u> El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre sustancias sicotrópicas incurrirá en prisión de 128 a 360 meses y multa de (1.334) a (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i></p> <p><i>Si la cantidad de droga no excede de 1000 gramos de marihuana, 200 gramos de hachís, cien gramos de cocaína o 20 gramos de derivados de la amapola, 200 gramos de droga sintética, 60 gramos de nitrato de amilo, sesenta gramos de ketamina y GHB, la pena será de 64 a 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i></p>	<p>Artículo 376^a. <i>Tráfico o porte de estupefacientes. <u>Modificado por el art. 11, Ley 1453 de 2011.</u> El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis de aprovisionamiento¹, lleve consigo, transporte, almacene, venda, ofrezca, adquiera o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente sicotrópica, drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre sustancias sicotrópicas hasta 2000 gramos incurrirá en prisión de 39 a 72 meses y multa de (1) a (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i></p> <p>Artículo 376B: <i>Tráfico o fabricación: El que [...] salvo lo dispuesto para la dosis de aprovisionamiento ingrese o saque del país, transporte, almacene, elabore, venda o adquiera sustancia [...] por más de 2000 gramos, incurrirá en prisión de 84 a 120 meses de prisión y multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i></p>

<p><i>Artículo 377. Destinación ilícita de muebles o inmuebles. El que destine ilícitamente bien mueble o inmueble para que en él se elabore, almacene o transporte, venda o use algunas de las drogas a que se refieren los artículos 375 y 376, y/o autorice o tolere en ellos tal destinación, incurrirá en prisión de 96 a 216 meses y multa de mil (1.333) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”</i></p>	<p><i>Artículo 377. Financiación de actos de cultivo, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que financie cualquiera de las conductas contenidas en los artículos 375, 376ª Y 376B , incluso mediante la destinación de bienes muebles o inmuebles, incurrirá en prisión de 84 a 120 meses de prisión y multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes</i></p>
<p>Artículo 384. <i>Circunstancias de agravación punitiva. El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos:</i></p> <p>1. Cuando la conducta se realice:</p> <p>a) Valiéndose de la actividad de un menor, o de quien padezca trastorno mental, o de persona habituada;</p> <p>b) En centros educacionales, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, establecimientos carcelarios, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares o en sitios aledaños a los anteriores;</p> <p>c) Por parte de quien desempeñe el cargo de docente o educador de la niñez o la juventud, y</p> <p>d) En inmueble que se tenga a título de tutor o curador.</p> <p>2. Cuando el agente hubiere ingresado al territorio nacional con artificios o engaños o sin autorización legal, sin perjuicio del concurso de delitos que puedan presentarse.</p> <p>3. Cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1.000) kilos si se trata de marihuana; a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachís; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona o dos (2) kilos si se trata de sustancia derivada de la amapola.</p>	<p>Artículo 384ª. <i>Circunstancias de agravación punitiva. El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos:</i></p> <p>1. Cuando la conducta se realice:</p> <p>a) Valiéndose de la actividad de un menor, o de quien padezca trastorno mental, o de persona habituada;</p> <p>Artículo 384B. <i>Circunstancias de agravación punitiva. El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores aumentará en ¼ en los siguientes casos</i></p> <p>1. Cuando la conducta se realice:</p> <p>a) En centros educacionales, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, establecimientos carcelarios, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares o en sitios aledaños a los anteriores;</p> <p>b) En inmueble que se tenga a título de tutor o curador.</p> <p>2. Cuando el agente hubiere ingresado al territorio nacional con artificios o engaños o sin autorización legal.</p> <p>3. Cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1.000) kilos si se trata de marihuana; a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachís; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona o cuatro (4) kilos si se trata de sustancia derivada de la amapola.</p>

Esto implicaría, a su vez, que sería necesario reformar el artículo 68^a del Código Penal. Se deberá remover el aparte que afirma que: “no se concederán los subrogados de suspensión de ejecución de la pena y de prisión domiciliaria a los sujetos que hayan sido condenados por [...] delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. Esto deja incólume la negación de los beneficios a los sujetos que han afectado gravemente a la salud pública, puesto que objetivamente es imposible acceder a ningún beneficio, ya que la pena mínima para el delito superaría los 8 años.

De esta manera, las conductas que afectan en menor medida a la salud pública, que además son ejecutadas en su mayor parte por individuos en condiciones estructurales de pobreza y marginalidad serían merecedoras de la suspensión de la ejecución de la pena, siempre y cuando la sanción del juez no salga del primer cuarto punitivo. No sobra recordar que los que recibirían este beneficio son los portadores, los cultivadores, los narcominoristas y en la mayoría de ocasiones los correos humanos, puesto que los posibles artículos 375 y 376^a que se dirigen a penalizar sus conductas contemplan un límite de 2 kilogramos de sustancia al momento de la captura. Más allá de eso el beneficio no estaría contemplado. También, hay que recordar que por aplicación del principio de favorabilidad todos los individuos que cumplan dichas condiciones podrán solicitar la suspensión. Al año 2015, según cifras del Ministerio de Justicia había 24,113 personas privadas de la libertad en establecimiento penitenciario por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El 93% de éstos tenía en su posición entre 0 y 250 gramos de cualquier sustancia ilícita, por lo que, aplicando la propuesta, 23,242 individuos que no aportan un peligro significativo para la sociedad quedarían en libertad. Lo que representa reducir el hacinamiento carcelario en el país en un 59,80%, quedando aún por solucionar la situación de 15,470 internos para llegar a un nivel cero de hacinamiento.

En caso de que esto acontezca, se debe construir una política pública de atención integral que permita que estos individuos no vuelvan a cometer la misma conducta punible. Afortunadamente, en la región, Ecuador ya implementó un indulto nacional a *microcomerciantes* de drogas y en general los resultados son alentadores, puesto que dos años después del indulto la tasa de reincidencia de aquellos individuos era inferior al 1%⁹⁶. Así mismo, en Costa Rica, por medio de la ley 9169 se redujeron las penas para las mujeres que ingresaban estupefacientes a las prisiones de 3 a 8 años, en lugar de 8 a 20 años⁹⁷; lo que revela, que hay un esfuerzo sustantivo en Latinoamérica para ajustar los ordenamientos penales con base en el principio de proporcionalidad.

96 EDWARDS, SANDRA, *La legislación de drogas en Ecuador y su impacto sobre la población penal del país*, cit.

97 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO DE COLOMBIA, *Informe técnico sobre alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas*, cit., p. 35.

De igual forma, se debe tener en cuenta que el 31,23% de las personas privadas de la libertad por estos delitos son sindicados, por lo que es necesario garantizar medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, que permitan que los individuos que infrinjan el artículo 376^a puedan velar por su proceso en libertad. Del mismo modo, que las penas para los eslabones que afectan en mayor medida a la salud pública, se mantengan prácticamente similares garantiza que exista una persecución efectiva a las organizaciones criminales que se dedican al narcotráfico. La única reducción significativa frente a estos roles, en especial en lo que refiere a los transportadores y a los poseedores, es que la agravante relacionada con la cantidad aumentará la pena en $\frac{1}{4}$ y no en la mitad como estaba dispuesto antes. Esto significa que la pena mínima para un transportador de estupefacientes al que se le aplique la agravante quedará en 118 meses de prisión, a diferencia de los 192 que se aplican actualmente.

Finalmente, tras conocer que las penas recibidas por los actores del narcotráfico no son proporcionales de manera concreta, es necesario repensar en otros delitos en los que puedan estar aconteciendo situaciones similares, de tal modo que el hacinamiento carcelario pueda ser resuelto por medios diferentes a los tradicionalmente pensados. De igual forma, se hace necesario reformular los artículos del Código Penal que castiguen de la misma manera dos conductas trascendentalmente diferentes, tal como acontece con los portadores y los *narcominoristas* en el caso del artículo 376. Ojalá este tipo de reflexiones lleven a garantizar de manera idónea los derechos de las personas privadas de la libertad y también, a librar la lucha contra las drogas en una arena en donde la titular indiscutida sea la salud pública y el derecho penal sea un suplente venido a menos.

Bibliografía

- BERNAL, JAIME; MONTEALEGRE, EDUARDO, *El proceso penal: Tomo II estructura y garantías procesales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- CACHÓN, MANUEL, "La pena de días-multa: el difícil juicio sobre la capacidad económica del acusado", en: *Problemas actuales de la justicia penal, los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos y las penas de multa*, director Joan Picó, Barcelona, José María Bosch editor, 2001.
- CRUZ, FERNANDO, "Los delitos contra la seguridad pública", en: *Lecciones de derecho penal: parte especial*, Editor Hernando Barreto Ardila, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- DOPICO, JACOBO, *Transmisiones atípicas de drogas, crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2013.

- EDWARDS, SANDRA, "La legislación de drogas en Ecuador y su impacto sobre la población penal del país", en: *Sistemas sobrecargados, leyes de drogas y cárceles en América Latina*, WOLA, Washington, 2010.
- ESCOHOTADO, ANTONIO, *Historia de las drogas*, Tomo I, Madrid, Alianza editorial, 2009.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- GARCÍA, MAURICIO; ESPINOSA JOSÉ, JIMÉNEZ, FELIPE, *Instituciones y narcotráfico, la geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2013,
- LEMAITRE, JULIETA; ALBARRACÍN, MAURICIO, "Patrullando la dosis personal: la represión cotidiana y los debates sobre las políticas públicas sobre el consumo de drogas ilícitas en Colombia", en: *Política antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos, compiladores*, ALEJANDRO GAVIRIA Y DANIEL MEJÍA. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2011.
- LOPERA, GLORIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Culturales, 2006.
- MEJÍA, DANIEL; RICO, DANIEL, "La microeconomía de la producción y el tráfico de la cocaína en Colombia" en: *Política antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Compiladores ALEJANDRO GAVIRIA Y DANIEL MEJÍA. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2011.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal parte general, Décima edición*, Madrid, Ediciones Reppertor, 2015.
- PALMA, JOSÉ MANUEL, *Los actos copenados*, Madrid, Editorial Dykinson, 2004.
- PAZ, GONZALO, *El concierto para delinquir*, Bogotá, Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2009.
- PRIETO, JAVIER, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Barcelona, Editorial Bosch, 1986.
- POSADA, RICARDO, *Delito continuado y concurso de delitos*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2012.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal parte general, Tomo II especiales formas de aparición del delito*, Madrid, Editorial Civitas, 2011.
- RUIZ, CARMEN; VARGAS, RENATO; CASTILLO, LAURA; CARDONA, DANIEL, *El lavado de activos en Colombia, consideraciones desde la dogmática y la política criminal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- STRATENWERTH, GUNTER, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal, Segunda edición*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2006.

UPRIMNY, RODRIGO; GUZMÁN, DIANA; PARRA, JORGE, *La adicción punitiva, la desproporción de leyes de drogas en América Latina*, Bogotá, DeJusticia, 2012.

UPRIMNY, RODRIGO; GUZMÁN, DIANA; PARRA, JORGE, *Penas alucinantes, la desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2013.

VELÁZQUEZ, FERNANDO, *Derecho Penal, parte general*, Medellín, Editorial comlibros, 2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 23 de septiembre de 2003, radicado 21188. Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 8 de agosto de 2005, radicado 18609. Magistrado Ponente Herman Galán Castellanos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 8 de agosto de 2007, radicado 27995. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 28 de noviembre de 2007, radicado 27650. Magistrado Ponente Sigfrido Pérez Espinosa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 13 de febrero de 2008, radicado 26052. Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 27 de octubre de 2008, radicado 25415. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 18 de noviembre de 2008, radicado 31351. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Ramírez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 6 de mayo de 2009, radicado 31351. Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 10 de marzo de 2010, radicado 33505. Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 10 de marzo de 2010, radicado 32740. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

CORTE CONSTITUCIONAL, 16 de marzo de 2011. Sentencia C 185 de 2011. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 5 de agosto de 2010, radicado 30296. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 17 de noviembre de 2010, radicado 32864. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 8 de noviembre de 2011, radicado 34461. Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 7 de diciembre de 2011, radicado 37649. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 18 de julio de 2012, M.P.: Jose Leonidas Bustos. Radicado 38537.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-742 de 2012. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL, 22 de julio de 2012. Sentencia C 574 de 2011. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, 30 de julio de 2013. Magistrados Ponentes: Miguel Humberto Jaime Contreras, Pio Nicolás Jaramillo Marín, John Jairo Gómez Jiménez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. 16 de septiembre de 2013, radicado 42187. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Ramírez.

CORTE CONSTITUCIONAL, 5 de diciembre de 2013. Sentencia T 921 de 2013. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 12 de noviembre de 2014, radicado 31351. Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, 9 de marzo de 2016, radicado 41760. Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier.

Informes y otras fuentes

Brian Wawzenek, 20 Years Ago: Jonathan Melvoin Dies, Jimmy Chamberlin Overdoses on Smashing Pumpkins Tour, *The diffuser*, Julio 11 de 2016.

DEJUSTICIA. *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento*. Una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe.

Ministerio de Justicia y del derecho. *Reporte de drogas de Colombia año 2015*

Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. *Informe técnico sobre alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas*. 2015

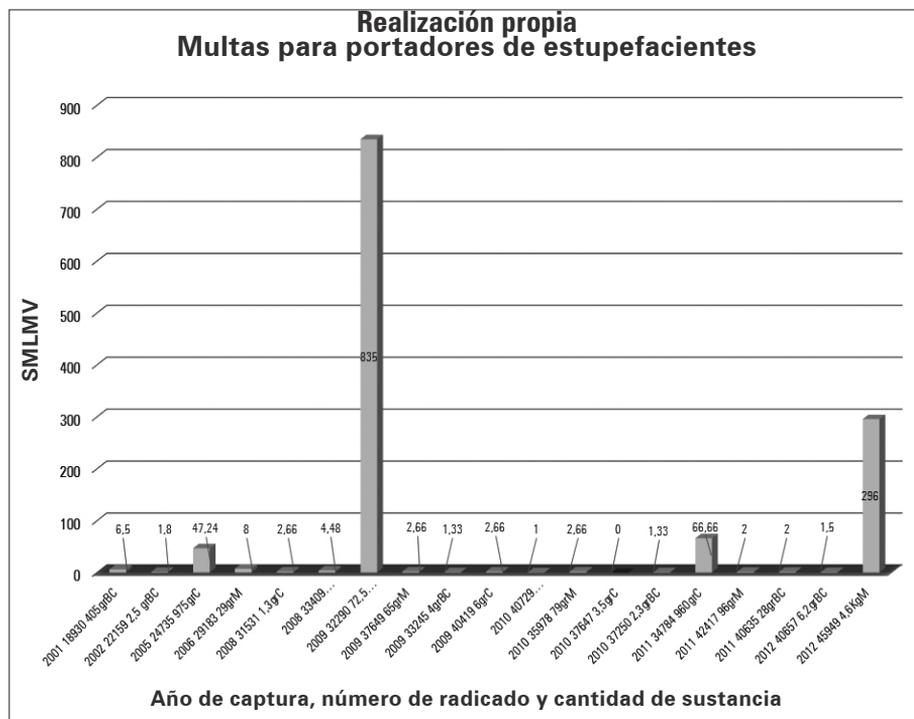
Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. *Informe estadístico enero de 2015*. (Bogotá, 2015). Disponible en: http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Informes%20y%20Boletines%20Estad%EDsticos/INFORME%20ENERO%202015%201_0.pdf

Redacción nación, "más de 8.000 millones de dólares le ha costado la guerra contra las drogas a Colombia", *Revista Semana*, 15 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/mas-us8000-millones-ha-costado-colombia-guerra-contra-drogas/249417-3>

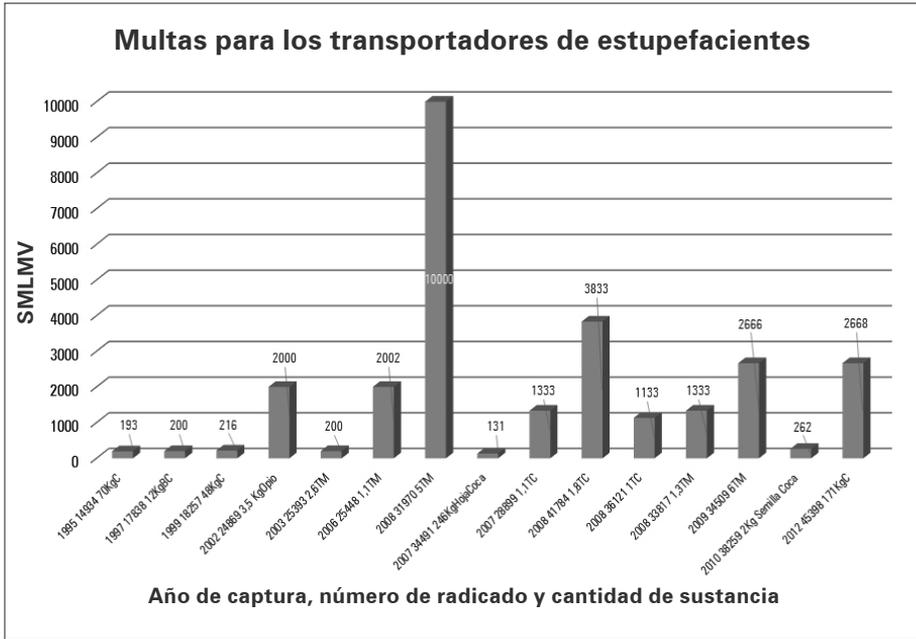
Redacción sucesos, "las gordas usaban a sus hijos para vender las drogas", *La Patria*, junio 18 de 2016. Disponible en: <http://www.lapatria.com/sucesos/las-gordas-usaban-sus-hijos-para-vender-la-droga-288375>

Anexos

Anexo 1

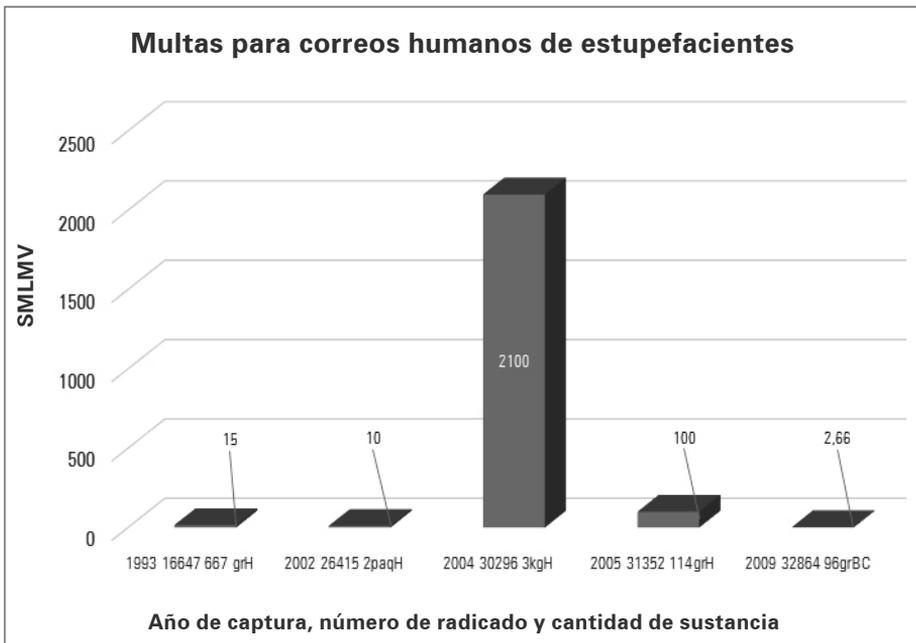


Fuente: realización propia.



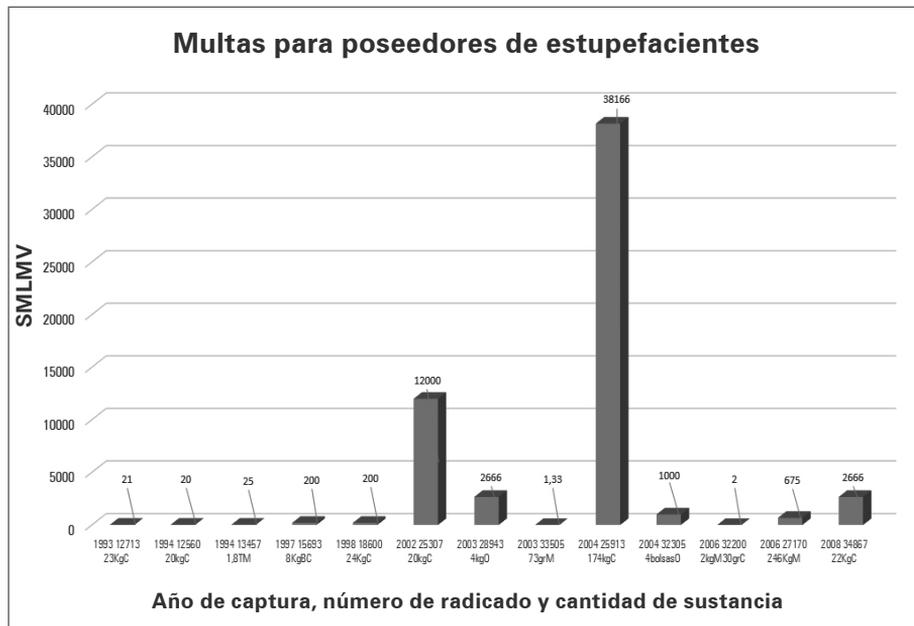
Fuente: realización propia.

Anexo 4



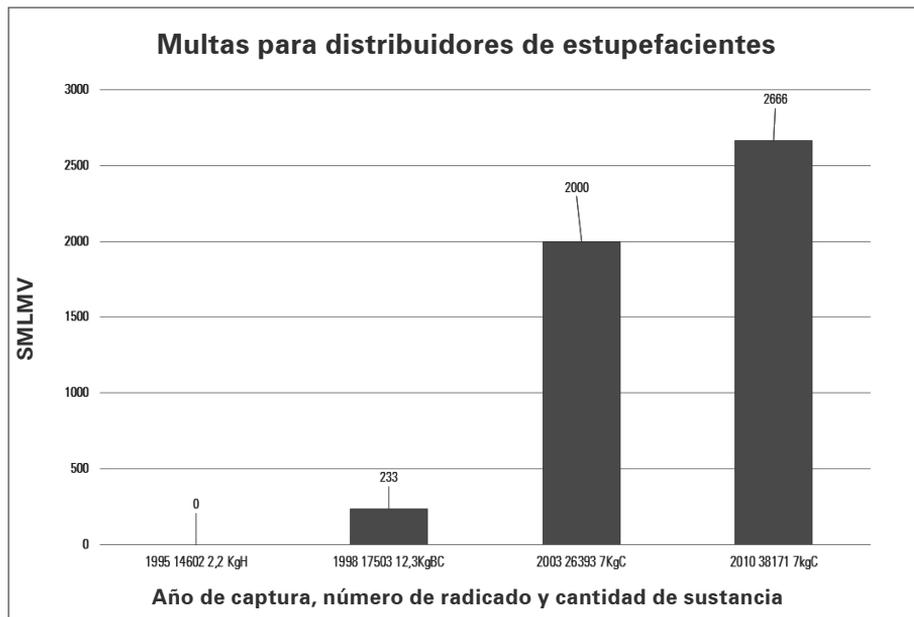
Fuente: realización propia.

Anexo 5



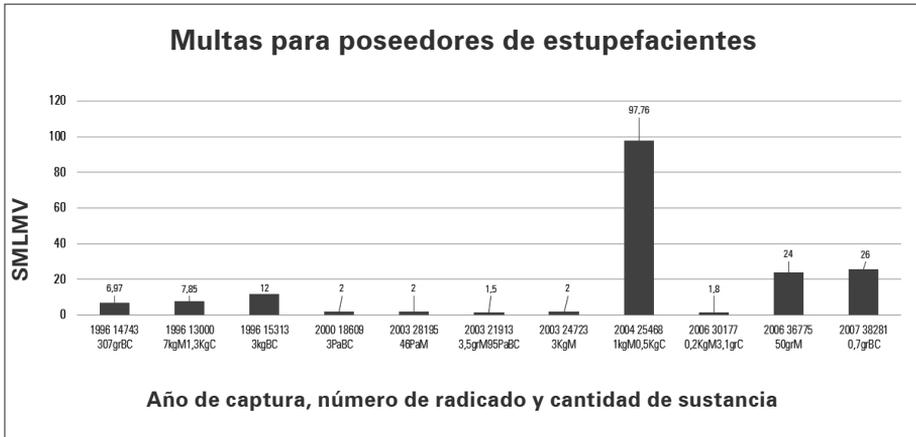
Fuente: realización propia.

Anexo 6



Fuente: realización propia.

Anexo 7



Fuente: realización propia.

Nos dirigimos a ustedes madres de familia con mucho respeto que este panfleto no son mentiras le recordamos que si ustedes no son capaces de educar a sus hijos(a), y onderezarlos nosotros si lo haremos pero no con rojo sino que apunto de plomo señoras estamos hartos de la basura de sus hijos(a), de que toda esta maricada se va acabar. Sabe usted que hace su hijo(a), mientras ustedes duermen no se la pasan sino que robando y motiendo drogas en las en las esquinas, lo recordaremos y se lo advertimos.

Los damos plazo de 20dias para que lo onderesca o nosotros lo mandaremos a dormir como niños buenos evitemos dolores de cabeza sabe usted que la lista negra es de20 jóvenes de Alfonso López comenzando con: Julián David, Daniel, Mario, Gálvez, Alexis, Luisa, Villi Joe, Carlos, Urrego, Tanga, Tomate, Keru, Richard, Jonatan, cabezón, Babita, Mono, Piquita, Cosa, Guerrero.

Si usted reconoce a estos mire a donde lo va a esconder o lo va amandar a vivir porque no lo queremos ver mas en las calles de la virginia, lo tenemos en la mira nosotros somos el grupo de limpieza del pueblo, GRUPO A LA MARGEN.

AGUILAS NEGRAS



SE HACE SABER   

GUARICO

"LLEGO LA HORA DE LA LIMPIEZA SOCIAL. Ahora les toca el turno a los mal p..., basuqueros y sidosas, vendedores de droga, ladrones callejeros y apartamenteros, jaladores de carros, secuestradores y jóvenes consumidores... YA LOS TENEMOS IDENTIFICADOS".

"Para el pueblo en general, ustedes han notado una creciente de la violencia, robos o atracos, prostitución y consumo de droga... etc., en los últimos tiempos; debido a todo esto, nuestra organización ha tomado la irrevocable decisión de atacar la violencia con violencia"

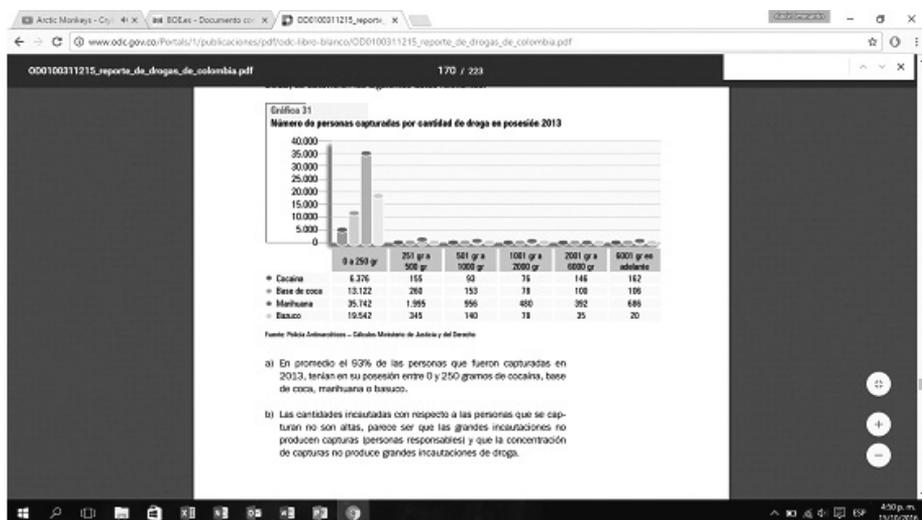
"Todo aquél que se encuentre en estos bares después de las diez, NO RESPONDEMOS SI CAEN INOCENTES. Está más con su familia". "Jóvenes, no los queremos ver en las esquinas parchados, drogándose, estamos en limpieza y esto es en serio. No consuma droga, estudie más y esté con sus padres, reciban sus consejos y los buenos ejemplos. Esto está podrido".

"YA NO MÁS" Ladronzuelos dejen trabajar a la sociedad... Pilas están PILLADOS....JUICIO O MUERTE, USTED LO DECIDE YA TENEMOS UNA LISTA DE BARRIO INICIAL, la organización lo ha decidido así, esta limpieza se necesita. Empezaremos muy pronto, le pedimos perdón a la sociedad si caen inocentes.. ESTO ES SOLO POR UNOS MESES".

"SEÑOR PADRE DE FAMILIA ESTE MAS CON SUS HIJOS, NO SEA QUE UNO DE ELLOS CAIGA EN ESTA LIMPIEZA...DIALOGUEN

"TU DECIDES" estas con nosotros o estás en contra"

+ AGUILAS NEGRA +

Documento

Necrología

Prof. Dr. Don José Cerezo Mir

DIEGO ARAQUE