

ASPECTOS JURIDICOS PENALES DE LA DROGA

Jorge Enrique Valencia*

DESCRIPCIÓN TIPICA Y ANÁLISIS DÓGMATICO

El delito en referencia en su composición actual aparece enfeudado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, de la siguiente manera:

"El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto para dosis de uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa en cuantía de diez(10) a cien (100) salarios mínimos".

"Si la cantidad de droga excede la dosis para uso personal sin pasar de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína, doscientos (200) gramos de metacualona, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa en cuantía de dos (2) a cien (100) salarios mínimos mensuales".

La caracterización dogmática de esta infracción es como sigue:

- a. Tipo básico: Su contenido y existencia jurídica se manifiesta con independencia de toda otra manifestación positiva. Existe, per se, por sí y en sí mismo.
- b. Tipo indeterminado: Cualquier persona capaz de actuar puede ser sujeto pasivo de la acción penal.

* Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Catedrático Universidad Externado de Colombia.

- b. Tipo indeterminado: Cualquier persona capaz de actuar puede ser sujeto pasivo de la acción penal.
- c. Tipo monosubjetivo: La conducta puede realizarse por un solo sujeto.
- d. Tipo simple: El hecho constitutivo del delito materializa una sola ofensa a un bien-interés determinado: la Salubridad Públicas¹
- e. Tipo de acción: Al cometerse en virtud de una conducta positiva, de un hacer algo y no como consecuencia de una abstención, de un no hacer del sujeto activo.
- f. Tipo especial: Al estar consagrado en ley especial y no aparecer tipificado en el código penal que, entre otras cosas, es la ley penal fundamental pero no la única.
- g. Tipo alternativamente formulado: Por cuanto las conductas casuísticamente señaladas constituyen diversas modificaciones del tipo todas de igual valor, bastando con la ejecución de cualquiera de ellas para que la subsunción se realice.
- h. Tipo de peligro: Al no requerir para su consumación un resultado lesivo determinado y sí la probabilidad de una situación de riesgo para la salud de los coasociados en cuanto víctimas potenciales de la drogadicción. Por cierto que son delitos de peligro concreto y no de peligro abstracto. Es simple la razón: es necesario demostrar la nocividad o toxicidad concreta del objeto material para la salud de los individuos.
- i. Tipo cerrado: Por describir las conductas activas de la acción de un modo expreso y nítido, agotándose su examen en la propia periferia del tipo.

¹ Otros no lo entienden así. YESID RAMIREZ BASTIDAS, ad exemplum, quien sostiene que debido a la prosperidad de esa modalidad criminal, bien se puede decir que ataca múltiples bienes jurídicos que gozan de protección estatal, adquiriendo éstos la categoría de tipo complejo (Cfr. Los estupefacientes. Empresa de Publicaciones del Huila, 2', edición, 1985, pág. 91).

- j. Tipo completo: Al contener su estructura **típica precepto (conducta jurídicamente ilícita)** y sanción (**consecuencia necesaria de la realización del hecho punible**).

ASPECTO HISTÓRICO JURIDICÓ

Para quienes no conocen los antecedentes de **los textos de las leyes** colombianas sobre drogas, resulta de interés resumir el conocimiento de las legislaciones inmediatamente anteriores. A un tal fin se ordenan cronológicamente.

1. Históricamente hablando, la Ley 11 de 1920 fue el primer estatuto punitivo de la República que reguló lo concerniente a la importación y venta de drogas (cocaína, opio, heroína, cannabis índica y demás sustancias de esta clase). Hagamos constar que las sanciones señaladas en el cuerpo de esta ley -con claro sentido preventivo y en ningún caso represivo- fueron de índole pecuniaria.

2. La Ley 118 de 1928 -complementaria de la anterior- autorizó al Gobierno para adicionar a las sustancias aludidas en la Ley 11 de 1920 otras "preparaciones que pudieran formar hábito pernicioso", eliminando aquellas que no tuvieran ese peligro. En igual forma reglamentó la importación de dichas drogas, estableciendo como medida extrema su decomiso cuando la importación se realiza en contravía de las exigencias legales. Importa mucho destacar que por primera vez el legislador menciona el uso indebido de la droga sin someter al paciente a ninguna pena restrictiva de la libertad y sí a un "tratamiento conveniente" por parte de las autoridades sanitarias. Finalmente, se determina la competencia para conocer de las conductas contempladas en la ley, la cual se encomienda no a los jueces sino a agentes administrativos.

3. Dentro de esta evolución legislativa no pueden dejar de citarse las Leyes 68 de 1930 y 18 de 1933. Por la primera se autoriza al Gobierno para adherir a la Convención y protocolo de la II Conferencia del Ópio. Por la última, se faculta al Gobierno para unirse a la Convención sobre limitación de la manufactura y reglamentación de la distribución de narcóticos.

4. El Código Penal colombiano de 1936 (Ley 95), en el capítulo correspondiente a los delitos contra la salubridad pública contempla las siguientes conductas:

Artículo 270: "Al que de modo clandestino o fraudulento elabore, distribuya, venda o suministre, aun cuando sea gratuitamente, sustancias narcóticas, o las mantenga en su poder con los mismos fines, se le impondrá prisión de seis meses a cinco años y multa de cincuenta a mil pesos".

"La multa se aumentará hasta en una tercera parte, si tales sustancias se suministran o venden a menores de edad o a personas que habitualmente usaren de ellas".

Artículo 271: Al que destine casa, local o establecimiento, para que allí se haga uso de las sustancias heroicas, o estupefacientes, o permita en ellos tal uso, se le impondrá arresto de tres meses a cinco años y multa de cincuenta a mil pesos".

5. La Ley 12 de 1943 incorporó a la legislación nacional las conclusiones adoptadas en Ginebra, en el Congreso celebrado en el

en dicha Convención conductas como la fabricación, transformación, extracción, preparación, posesión, oferta, venta, distribución, compra, cesión, corretaje, despacho, transporte, importación y exportación de drogas narcóticas. Del mismo modo, se contempló el castigo de la tentativa y aun de los actos preparatorios y la participación dolosa en las conductas atrás descritas.

6. La Ley 45 de 1946, subrogó los precitados artículos del estatuto penal de 1936, de esta manera:

"ARTICULÓ 1°. Subrógase el artículo 270 del Código Penal, por el siguiente:

"Artículo 270. Al que de modo clandestino o fraudulento elabore, distribuya, venda o suministre, aun cuando sea gratuitamente, drogas estupefacientes, o las mantenga en su poder con los mismos fines, se le impondrá prisión de seis meses a cinco años y multa de cincuenta a mil pesos".

"En la misma sanción incurrirá quien, de modo clandestino o fraudulento, o sin permiso de las autoridades nacionales de Higiene, cultive y conserve plantas de las cuales puedan extraerse dichas sustancias".

"La sanción se aumentará en una tercera parte, si tales drogas se suministran o enajenan, a cualquier título, a menores de edad o a personas que habitualmente usaren de ellas".

ARTICULO 2°. Subrógase el artículo 271 del Código Penal, por el siguiente:

"Artículo 271. Al que destine casa, local o establecimiento, para que allí se haga uso de drogas estupefacientes, o permita en ellas tal uso, se le impondrá prisión de seis meses a cinco años, multas de cincuenta a mil pesos, y clausura del establecimiento, casa o local".

7. El Decreto 1858 de 1951 -inspirado en criterios peligrosistas y autoritarios-, en desarrollo de la Ley 48 de 1936, que castigaba a los traficantes y usuarios de la marihuana con relegación a colonia agrícola penal de dos a cinco años (art. 7°, *ibidem*), otorgando competencia para conocer de estas conductas a los alcaldes municipales y a los "jueces de la policía judicial o de prevención", prevía:

"Artículo 1°. Para los efectos de la Ley 48 de 1936 y de las disposiciones que la adicionan y reforman, son también maleantes los que cultiven, elaboren, comercien o de cualquier manera hagan uso o induzcan a otro a hacer uso de la marihuana (*Cannabis Sativa* o *Cannabis Indica*)".

8. Cuatro años después expide el Gobierno Nacional, en uso de las atribuciones de estado de sitio, el Decreto 0014 de enero 12 de 1955, considerando como "estados de especial peligrosidad", las siguientes conductas:

a. Ebriedad y toxicomanía habituales a **arts. 7² [4]** y 119;

- b. Comerciar o facilitar drogas estupefacientes (arts. 7² [15] y 2P);
- c. Cultivo, elaboración, uso, negocio o el facilitar marihuana, o inducir a otro a realizar cualquiera de dichos comportamientos (arts. 7° [16] y 225; y,
- d. Suministrar a otra persona drogas o tóxicos de cualquier clase para colocarla en estado de indefensión o privarla ilícitamente del conocimiento (arts. 7° [17] y 23°).

9. Sobreviene luego el Decreto 1699 de julio 16 de 1964, a través del cual se deroga el susomentado Decreto 0014 de 1955, considerando como conducta atentatoria contra el orden social, la intoxicación "crónica por al alcohol o por cualquier otra sustancia", sancionando también el cultivo, elaboración, venta, suministro, uso o tenencia de marihuana o sustancia estupefaciente distinta de ésta y aun la conservación de plantas de las cuales pudieren extraerse las mismas e igualmente la destinación de casa, local o establecimiento para el uso, tolerancia o consumo de marihuana o drogas estupefacientes.

10. En virtud de la Ley **16 de 1968 se facultó al Ejecutivo para que legislara sobre la específica materia de estupefacientes**, produciéndose así el decreto 1118 de 1970 donde **es notorio el afán por quitar a las conductas su carácter estrictamente penal, dándoles entidad simplemente contravencional.**

11. Previó el Decreto 1136 **de 1970 -Estatuto de Protección Social-** que el individuo que perturbara la tranquilidad **pública, a consecuencia de un estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o por enfermedad mental o por consumo de estupefacientes, debía someterse a tratamiento médico en casa de reposo, hospital o clínica oficial. Demás está decir que de las buenas intenciones nunca se pasó. En esta materia -como en otras- la improvisación del Estado sigue siendo proverbial.**

12. Evidenciándose **la inconsecuencia de lo normado en el Decreto 1118 de 1970 frente a la realidad del país, el Decreto 522 de 1971 volvió a dar categoría delictual a las conductas humanas derogadas, reprimiendo su violación con relegación a colonia agrícola. Las normas que sancionaron el comercio, tráfico y producción de**

estupefacientes; el cultivo y conservación de plantas de las que pueden extraerse fármacos y el suministro, auspicio o tolerancia del uso o consumo de sustancia prohibida en establecimientos abiertos al público, fueron las siguientes:

"Artículo 5°. El que sin permiso de autoridad competente almacene, elabore, distribuya, venda o de otro modo suministre marihuana, cocaína, morfina o cualquier otra droga o sustancia estupefaciente o alucinógena, incurrirá en relegación a colonia agrícola de uno o cuatro años".

"La sanción se aumentará hasta en una cuarta parte si tales drogas o sustancias se suministran a menores de diez y ocho años. En este caso se aplicará, además, multa de quinientos a diez mil pesos".

"Artículo 6°. El que sin permiso de autoridad competente cultive o conserve planta de la que pueda extraerse marihuana, opio, cocaína o cualquier otra droga o sustancia estupefaciente o alucinógena, incurrirá en relegación a colonia agrícola de uno a tres años, y en multa de quinientos a dos mil pesos".

"Artículo 7°. Al que en su casa, local o establecimiento auspicie el uso de sustancia o droga estupefaciente o alucinógena, incurrirá en relegación a colonia agrícola de uno a tres años".

"Artículo P. El que en lugar público o abierto al público, porte sustancia o droga estupefaciente o alucinógena sin acreditar su tenencia legítima, incurrirá en arresto de uno a **diez y ocho meses**".

Los comandantes de Policía y los alcaldes podían sancionar, en su **orden, con el** cierre temporal del establecimiento público, y retirar o suspender licencias **o permisos de** funcionamiento de aquellos, ante **situaciones de este tenor:**

"5) Cuando el dueño o administrador del establecimiento **auspicie o tolere el uso o consumo de marihuana, cocaína, morfina o cualquier otra droga o sustancia estupefaciente o**

alucinógena, sin perjuicio de la sanción penal a que hubiere lugar..." (art. 208 Decreto-Ley 1355 de 1970)².

"3) Al que suministre, auspicie o tolere en su establecimiento el uso o consumo de marihuana, cocaína, morfina o cualquier otra droga o sustancia estupefaciente o alucinógena, sin perjuicio de la sanción penal a que hubiere lugar" (at. 214 Decreto-Ley 1355 de 1970).

13. Por la Ley 17 de 1973, el Congreso Nacional revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias.

"Para elaborar un estatuto que regule íntegramente el fenómeno de aquellas drogas o sustancias, cree el organismo administrativo que cumpla las funciones que le atribuye el estatuto y haga las apropiaciones en el presupuesto nacional, verifique los traslados, abra créditos y contracréditos, y se dictan otras disposiciones".

"La Ley 17 -comenta un autor nacional- reprimía el cultivo y la conservación de plantas con presidio de dos a ocho años y multa de mil a cien mil pesos (art. 1º); el tráfico y otras conductas con presidio de tres a doce años y multa de cinco mil a quinientos mil pesos (art. 2º., inc. 1º); el porte de dosis personal, que se **vio otra vez** criminalizado con arresto de un mes a dos años y multa de doscientos a mil pesos (art. 2º., inc. 2º); **la destinación de lugares para el uso con presidio de dos a ocho años (art. 3º., inc. 1ª)**; sanción que se incrementaba hasta en la mitad seguida de multa entre cinco mil y cien mil pesos "si el agente se propusiera un fin de lucro" (art. 3º., inc. 2º). En este último caso procedían como medidas policivas, aún vigentes, el cierre temporal del establecimiento abierto al público y el retiro o suspensión de licencias (Cfr. D. 522/71, arts. 124 y 125)".

"Asimismo, se sancionaba con presidio de dos a ocho años; el estímulo al uso (art. 4º.); el abuso de funciones y deberes **profesionales con presidio de dos a ocho años, y suspensión en el ejercicio de la profesión por el mismo**

² El Decreto-Ley 1355 de 1970 corresponde al Estatuto Nacional de Policfa.

término (art. 5^o). También se regularon diversos agravantes: valerse de la actividad de menores de 21 años, enfermos o deficientes de la mente, o personas habituadas al uso de la droga; realizar las conductas mencionadas respecto de personas a quienes se hubiera iniciado en el uso de drogas; y, filialmente, en algunos casos, la cantidad y calidad de la planta, droga o sustancia (Cfr., art. 65, eventos en los cuales las penas correspondientes se aumentaban hasta las tres cuartas partes".

"De la misma manera, insistiendo en regulación semejante a la del C.P. de 1936, se consagró la comisión a título de culpa disminuyendo la sanción correspondiente hasta en las tres cuartas partes (art. 7^o.)"³ .

14. Con la anterior normativa se derogaron otras precedentes, dando paso luego al Decreto 1188 de 1974, denominado "Estatuto Nacional de Estupeficientes".

"... El ENE fue el primer cuerpo orgánico que en el ámbito legal, de manera coherente y armónica, reguló el fenómeno en diversos capítulos dedicados, respectivamente, a los Principios Generales (Cap. I); campañas educativas y publicitarias (Caps. II y III); control de fabricación y distribución de sustancias estupeficientes (Cap. IV); los delitos y las contravenciones (Caps. V y VI); la destrucción de sustancias incautadas (Cap. VII); el tratamiento y rehabilitación de los fármacodependientes (Cap. VIII); y, el Consejo Nacional de Estupeficientes (CNE), que en realidad ya había sido creado por el D. 1206 de junio de 1973".

"Debe destacarse, en lo que hace a las hipótesis delictivas, que éstas eran básicamente las mismas de la Ley 17/73 (arts. 37 y ss.); no así en tratándose de las contravenciones (art. 54 y ss.) que aparecieron reguladas por primera vez de manera uniforme, aunque incluyendo bajo tal denominación tanto las contravenciones penales (verdaderos hechos

³ Cfr. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, *Las drogas. Aspectos histórico, sustantivo y procesal* Librería Editorial Colegas, Medellín, 1989, pág. 19.

punibles), como faltas administrativas, dando cabida a una confusión entre Derecho Penal y Derecho Administrativo"⁴

15. Hácese mención, finalmente, de diversas regulaciones legales (Decretos 670, 1041, 1042, 1060, 1061 de 1984, entre otros más) que tocan con fenómenos de competencia, cambios de procedimiento, incremento del mínimo de penas, reglas para la destrucción de sustancias empleadas en el procesamiento de drogas, categorizando como "contravenciones de carácter penal", comportamientos relacionados con el transporte de estupefacientes y tenencia de predios dedicados a actividades ilícitas así reprimidas; etcétera.

16. Finalmente, se llega a la Ley 30 de 1986 que, en síntesis, recoge la estructura legal del Decreto 1188 de 1974 y la normativa subsiguiente.

BIEN JURIDICO TUTELADÓ

1. Pese a una nutrida literatura escrita sobre este asunto que se desparrama sobre múltiples valores contentivos del bien jurídico protegido⁵, creemos que es la salud pública el interés penalmente relevante que se propone resguardar el legislador a través de una frondosa y pertinaz legislación penal. Acaso ahora -por razones notoriamente conocidas- se volvió preocupación prioritaria del Estado proteger y tutelar la salud pública de los asociados. De ahí que se explique la actitud decididamente intervencionista del Estado colombiano por contener y contrarrestar los avances de la droga y combatir el comercio ilegal de los estupefacientes. Los resultados están a la vista.

⁴ Cfr., VELASQUEZ VELASQUEZ, *opus cit.*, pág. 20.

⁵ En la materia no es fácil encontrar criterios definidos. Algunos eligen como objeto ideal de protección la libertad del usuario o consumidor en cuanto lesionan su voluntad para decidir libremente si consume o no la droga. Otros mencionan la seguridad o protección de intereses fiscales o del monopolio estatal en la producción y distribución de sustancias vedadas. Para los más, con la legislación represiva se combaten intereses económicos ocultos que reportan incalculables beneficios a los traficantes. Y no faltan quienes piensan que éste es un tipo que carece de bien jurídico por ser delito de mera desobediencia formal.

2. Conforme se sabe, no es el riesgo a la salud individualmente considerada y sí evidentemente la salud abstracta o general de la comunidad o la salud pública universal, como ente social, la preocupación que embarga al legislador al mantener la vigencia de conductas que incriminan el tráfico de drogas. Esta tutela se ve gravemente comprometida por la agudización de peligros indeterminados que encierran para el desarrollo normal de la vida comunitaria, la expansión y el tráfico de sustancias nocivas.

3. Una advertencia más: hoy se proclama -sin discusión- que el concepto de salud pública como interés jurídico protegido engloba tanto la salud física, corporal o material, como la psíquica o mental.

ÓBJETÓ MATERIAL

1. El objeto material del delito que examinamos es la droga. No es pacífica la comprensión de este tópico extrajurídico ni en el estudio penal ni en el ámbito médico-farmacológico. Incluso la confusión es latente entre los mismos especialistas. Legislaciones hay que renuncian a dar una definición⁶. Otras, donde pervive un concepto jurídico-administrativo y no jurídico-penal. Algunas más se remiten a la enumeración diseñada en los instrumentos legales internacionales y finalmente se cuentan las que dejan en manos del juez la exégesis legal del asunto atendiendo preferentemente el interés jurídico protegido, el elenco de las sustancias administrativas nacionales y foráneas registradas⁷ y también los criterios jurídicos y científicos que esmaltan la materia.

2. Con poca fortuna, el legislador colombiano define las drogas prohibidas con fundamento en la noción suministrada por la Organización Mundial de la Salud (1950): "Toda sustancia que introducida en el organismo vivo puede modificar una o varias de sus funciones". Con lo cual se dice mucho y no se dice nada, pues la idea

⁶ La española, por ejemplo.

⁷ Entre otras: Convención única sobre estupefacientes, Nueva York, 1961; Convenio sobre sustancias psicotrópicas, Viena, 1971; Protocolo de modificaciones, Viena, 1972; Segunda Convención de Viena, Viena, 1988.

plasmada en tales contornos es genérica y amplísima, careciendo en absoluto de todo signo penal⁸

3. De todas maneras, un concepto penal autónomo de droga se impone para garantizar el principio de la seguridad. Por exclusión y con criterio harto simplista, la definimos como aquella sustancia tenida por el legislador como tal⁹. No obstante y cualquiera sea la noción que de ella se tenga en el plano jurídico es de rigor que comporte las siguientes notas:

- a. Potencialmente debe originar daño a la salud pública. Una sustancia sin posibilidad ninguna de causar menoscabo o resultados lesivos a la integridad corporal o psíquica del individuo y en todo caso con mínima incidencia o repercusión para la salud humana, no es suficiente para la caracterización punible el hecho, quedando así excluida la intervención del derecho penal. La nocividad de la sustancia es un criterio típico de referencia.
- b. No toda droga da lugar a la incriminación penal. El ámbito de prohibición debe determinarse por criterios jurídico-penales distintos de los meramente administrativos, propios o foráneos.
- c. En aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal, el concepto de droga debe ser autónomo, específico y restringido. En todo caso, distinto al manejado por otras áreas especialistas del derecho¹⁰
- d. Como exigencia derivada del principio de legalidad debe imponerse con carácter obligatorio la descripción prolija y cerrada de

⁸ Con toda razón anota caústicamente JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, que uno no logra escapar a la impresión de que también los alimentos quedan allí incluidos. Vid: "Hacia una alternativa para la política de las drogas en América Latina", en "Drogas, problemática actual en España y América", Editorial Temis, Bogotá, 1989, pág. 148.

⁹ En igual sentido, PRIETO RODRIGUEZ, **Javier Ignacio**, **El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español**. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1986, pág. 122.

¹⁰ Nos hacemos cargo de la posibilidad del **descubrimiento de nuevas sustancias tóxicas que produzcan dependencia. Pero es el legislador y no el juez quien debe concretar mediante leyes adicionales o complementarias la tarea de su realidad típica.**

las drogas penalmente reprimidas -cualesquiera sean sus elementos nocivos y las designaciones que adopten- como objeto material del ilícito, lo que supone la enunciación clara y precisa de las sustancias, soslayando la incorporación de cláusulas generales, abiertas e indeterminadas que constituyen grave peligro para el derecho penal liberal y la propia seguridad jurídica. En todo caso, el individuo destinatario de la norma penal debe conocer lo prohibido y lo permitido¹¹

- e. La tipicidad del hecho requiere la idoneidad del objeto material de la conducta descrito por el legislador, sin cuya presencia no existe delito ni lesión ninguna al interés jurídico tutelado. Cuando el objeto material no posee la cualidad exigida en el tipo (droga o sustancia estupefaciente) o está privado de las cualidades intrínsecas inherentes a su naturaleza tóxica, constituyendo tan sólo una materia inociva para la salud humana, incapaz de crear, per se, dependencia psíquica o física, se está frente a un objeto no encajable en el concepto de droga; la sustancia en cuestión excluye, entonces, la índole vinculante del objeto material en sede de delitos contra la salud pública.

4. Claro está que la atipicidad por inexistencia del objeto material (venta de sustancia inocua), no impide la violación a una norma penal si al hecho concurren los elementos copulativos de una infracción distinta. Piénsese en el supuesto de quien vendiendo droga sin serlo, provoca la muerte del consumidor, siendo los resultados previsibles y evitables por él mismo. En esta hipótesis, al vendedor puede reprochársele la comisión de un homicidio por imprudencia (crimen culpae), si al vender la sustancia confió negligentemente en la no realización de un resultado letal, siendo irrelevante el consentimiento de la víctima¹²

¹¹ Así, RODRIGUEZ PRIETO, opus cit., pág. 124.

¹² Con igual criterio, REY IDROBO, Luis F., El delito de tráfico de estupefacientes. Casa Editorial Bosch., S. A., Barcelona, 1987, pág. 2³⁷.

TIPO OBJETIVO

Sujeto activo

Con carácter general cualquier persona a quien se le puede reprochar su acción. No hay ampliación o restricción en este ámbito específico.

Sujeto pasivo

La sociedad -titular del bien jurídico protegido- que aparece directamente afectada por la realización de comportamientos involucrados en el tráfico ilegal de drogas.

Conducta

La multicitada Ley 30 de 1986 tipifica como delito y además con propósitos exhaustivos, una larga e interminable serie de comportamientos contrarios a la salud pública. La enumeración es taxativa. Ampliarla a más acciones presupone analogía prohibida. La técnica narrativa del artículo 33 describe nada más ni menos que doce (12) conductas alternativas, bastando la realización de una cualquiera de las que rigen la acción para entender consumado el punible. Pareciera que el legislador en su afán por penalizar actos relacionados con drogas o estupefacientes aspiró a no dejar por fuera del texto legal conductas distintas a las casuísticamente señaladas. Apenas cabe duda -en el ámbito de lo típico- que el elenco de estas formas de actividad bien pudieron simplificarse a unas cuantas acciones que ciertamente las comprenden. El paralelismo existente entre los actos disvalioso de llevar consigo o transportar o el de ofrecer o vender -para mencionar sólo dos ejemplos- es buena prueba de lo dicho.

Algo intentaremos decir con relación a la caracterización de las modalidades comportamentales diseñadas por el legislador.

Introducir en el país

a. Introduce quien con destino ilegítimo hace entrar **la droga a** territorio colombiano. Es indiferente que la sustancia de que se

trata penetre de manera legal o ilegal. Según **se ve, no es el ingreso lo importante sino la aplicación indebida que el sujeto activo de la infracción hace del objeto.**

- b. Expresamente, la norma habla de introducción y no de importación, que son dos cosas distintas. La aclaración es importante en esta materia. De existir identidad en los términos, aparecería que únicamente los importadores y no los traficantes responderían penalmente de la conducta delictiva. Los últimos no cometerían infracción alguna¹³³
- c. La actividad contraria a la ley puede ejecutarse por cualquier conducto o medio terrestre, aéreo o marítimo.

Sacar del país

- a. Sacar es poner un objeto fuera del lugar donde estaba guardado o depositado. En el sentido del delito no significa otra cosa que enviar la sustancia nociva fuera del país, haciéndola ingresar a territorio extranjero.
- b. Poco o nada interesa que la droga se halle en estado natural, ya procesada o sujeta a cualquier etapa de su elaboración.

Transportar

- a. Consiste en llevar de un paraje a otro y por cualquier medio de locomoción (ferrocarril, automóvil, nave aérea, embarcación, vehículo de tracción animal, etc.) el estupefaciente, incluso a través de personas que la ocultan bajo su ropa o en cualquier parte del cuerpo, aun en los lugares más insospechados. Es importante no perder de vista que debe tratarse de un movimiento masivo de la sustancia prohibida y no de cualquier dosis mínima. La cantidad transportada no carece entonces de importancia.

¹³³ Así, LAJE ANAYA, Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. ³14.

- b. Para configurar esta hipótesis, la actividad del transportista debe cumplirse dentro del área del territorio nacional. Si la acción vedada se proyecta más allá de las fronteras, estaríamos frente a otra modalidad de la acción.
- c. El modo de transporte puede ser estatal o privado. Quede claro que no se trata de transporte público en el sentido de que el estado sea propietario o administrador en forma directa o indirecta de este servicio público sino del transporte destinado al servicio colectivo, utilizado por un número indeterminado de personas.
- d. El acto de transporte puede realizarse por cuenta propia o ajena o por medio de otra persona natural o jurídica. Las modalidades contractuales del transporte son del todo indiferentes¹⁴

Llevar consigo

- a. Delinque en esta forma quien personalmente carga o lleva encima o aparejada en su propio cuerpo, sustancia estupefaciente en cantidad tal que haga presumir la disponibilidad inmediata de la misma con la finalidad de un comercio clandestino o fraudulento.
- b. La acción es constitutiva de contravención y no de delito cuando quien la porta tiene como fin de su conducta su propio consumo (art. 51).
- c. La descripción comportamental -afín con la de conservar- se diferencia de ésta en cuanto supone una tendencia temporal menos intensa o prolongada que aquella sujeta a períodos más o menos permanentes e indefinidos.

Almacenar

- a. Esta descripción típica hace relación al acopio, reunión o acumulación de sustancia en lugar no expuesto al público con entera

¹⁴ "Puede ser un transporte en participación o por una determinada comisión". SAAVEDRA ROJAS, Edgar. Vid., La Convención de Viena. Editorial Temis, Bogotá, 1991, pág.

independencia del aspecto finalista o del uso o destino que se propone alcanzar el agente. Es importante considerar tanto el aspecto cuantitativo como el cualitativo del estupefaciente que se guarda. Es claro que se trata de una cuestión de hecho donde el legislador no puede fijar o señalar de antemano pautas inflexibles.

Una cantidad mínima destinada exclusivamente al uso personal del sujeto no entraña obviamente almacenamiento, pero evidentemente incurre en esta modalidad el que tiene en su poder cantidades más o menos considerables del producto o una apreciable provisión de drogas en recintos cerrados, sin que interese mayormente la asignación que piensa darse a estas que, entre otras posibilidades, puede ir enderezada a un futuro comercio ilegal.

- b. El almacenamiento de la droga puede cumplirse a título gratuito o llevando ínsito un propósito de lucro si es que el sujeto realiza la acción con miras a una contraprestación dineraria o patrimonial. Que es lo usual y corriente.
- c. Es claro que el almacenamiento se refiere a la droga ya elaborado, quedando al margen del tipo normativo la conducta que recae sobre plantas o semillas de las cuales puede extraerse droga que cause dependencia y también los elementos o sustancias que se utilizan para el procesamiento de la misma.

Conservar

- a. Esta modalidad en que el delito consiste, tiene que ver con la acción de guardar la sustancia propia o ajena con actos de protección, preservación y vigilancia. El comportamiento incrimina, pues, la conservación clandestina de droga, mantenida en forma oculta o reservada a los demás, cuidando el sujeto autor de la conducta que no desaparezca o pierda o se altere su naturaleza.
- b. A los efectos del delito no interesa el lugar o sitio donde se guarde la droga ni el tiempo que permanezca en depósito ni los móviles de la acción que a buen seguro serán especulativos o de comercio.

- c. Es claro que el dispositivo adolece de indeterminación, pues el legislador no señala el mínimo de la cantidad que constituye la conservación. En todo caso, la porción debe exceder notoriamente la dosis utilizada para consumo personal.

Elaborar

- a. Elaborar significa manejar y acondicionar mediante procedimientos adecuados e idóneos de manufacturación, preparación, extracción y recolección, materias primas para transformarlas en productos que originen dependencia.
- b. La hipótesis requiere que la elaboración haya comenzado ya; de modo y manera que las plantas, semillas o materia prima que aún no han sido objeto de elaboración, no quedan reprimidas por este supuesto de conducta punible.

Vender

- a. Es ceder o traspasar una cosa por cierto precio con el sentido y alcance de la norma civil. La venta debe responder a una finalidad especulativa no autorizada. En el sentido de la ley vigente significa enajenar la droga, obligándose una de las partes a transferir su propiedad y la otra a pagar por ella un precio cierto de dinero.
- b. El giro verbal utilizado por el legislador -venta- al aludir en forma inequívoca a la transmisión del fármaco mediante precio convenido, determina la presencia de una contraprestación económica. El ofrecimiento del producto no es venta.
- c. Es indiferente que la operación se haga a drogadictos o a personas apenas iniciadas en el consumo o que se realice con fines de proselitismo activo.

Ofrecer

- a. Esta forma de conducta que **por definición denota una actividad positiva e iterativa**, debe entenderse **en el sentido de realizar una**

oferta. La expresión es muy general y no está condicionada por ninguna modalidad comisiva, lo que permite abarcar las más amplias gamas del ofrecimiento en la circulación general para incitar al público a adquirir la sustancia prohibida, resultando indiferente la cantidad que se publicita. En tal orden de cosas, ofrece la droga quien despertando expectativas pone patente la existencia de la misma, por cualquier medio, o quien la presenta y exhibe a la vista y alcance de todos, con el ánimo de preparar y provocar su adquisición futura.

- b. Importa resaltar que el ofrecimiento carece de un carácter necesariamente oneroso. La operación puede revestir una forma gratuita de entrega. También así se abre mercado a la droga.
- c. No es indispensable que la oferta se haga dentro de un negocio o establecimiento donde tiene libre acceso el público. Es suficiente que el propietario o tenedor de la mercancía la ofrezca por cualquier procedimiento de difusión -insinuaciones, estímulos gráficos o verbales- si los interesados quedan noticiados del lugar donde pueden adquirirla: catálogos, hojas volantes, fotografías, circulares, confección de muestras, anuncios periodísticos, publicidad radial, televisiva o cinematográfica, prospectos, llamadas telefónicas y por discreto que resulte el medio, la comunicación personal dirigida a los particulares en sobre cerrado o de viva voz. Cualquiera de estas vías -que apenas ejemplificamos- constituye un medio eficaz y seguro para poner en conocimiento de los compradores o consumidores la existencia del espécimen que se desea comercializar.
- d. Se entiende que la oferta, además de contener un cierto y concreto pregón o una publicidad más o menos velada, exige ante todo y sobre todo la existencia de la cosa que se ofrece. De no ser esto así y resultar irreal o inexistente el objeto material anunciado, el delito podría ser otro, pero en ningún caso el que aquí comentamos.

Adquirir

- a. Adquiere quien, no teniendo la droga ni posibilidad ninguna para elaborarla, obtiene su propiedad a cualquier título con disposición **libre sobre el objeto.**

- b. Poco o nada interesa el fin que mueve al adquiridor a conseguir la droga. Ni la cantidad, que puede ser al por mayor o al menudeo.
- c. La adquisición se realiza en forma fraudulenta si la droga entregada no se corresponde a lo esperado y así, la conducta de quien se hace a ella no se adecua a esta modalidad de conducta.

Financiar

- a. Esta modalidad de acción atañe a la creación, impulso y desarrollo de una empresa destinada al tráfico de droga, con los aportes y suministros necesarios e indispensables para el buen suceso delictivo. La contribución puede surgir con la actividad punible misma para que subsista y se fortalezca o una vez comenzadas las labores para sustentarla, apoyarla, conservarla e incluso ampliar su espectro de influencia.
- b. La financiación -escribe **Fontan Ballestra**¹⁵ - puede hacerse en forma total o parcial. Puede asumir la forma de asociación, con cualquier participación en los beneficios, de préstamos con adhesión en las ganancias o a interés, esto último cuando se conoce el destino de los fondos y la naturaleza de los hechos para los cuales se hace el aporte económico.
- c. No está demás agregar que la financiación ejecutada dentro de los límites territoriales patrios, puede referirse a comportamientos que se proyectan allende las fronteras como por ejemplo cuando se suministran recursos y se proveen medios económicos para adquirir en el exterior maquinarias, artefactos o elementos destinados a la producción de estupefacientes.

Suministrar

- a. Suministrar es tanto como proveer, dar, entregar o proporcionar. En el sentido de la ley penal consiste en la entrega, a cualquier

¹⁵ Cfr., FONTAN BALLESTRA, Carlos, *Tres leyes penales*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos aires, 1975, pág. 31.

título, de la sustancia nociva, con fines delictivos determinados. Trátase de una conducta bilateral por la cual uno entrega y otro recibe.

- b. Esta modalidad de comportamiento presupone que el agente haya entregado efectivamente la droga. El suministro de sustancia distinta a la convenida o acordada no es suficiente para incurrir en el delito. Podrá la ley ser quebrantada pero no por esta modalidad.
- c. Es irrelevante que se trate de un suministro al por menor o al por mayor, a título gratuito u oneroso. Como también lo es el fin que persigue el autor.

CÓNDUCTAS NÓ PREVISTAS

A pesar del celo y afán del legislador por cerrar el círculo de tipificación de las acciones prohibidas, es notorio que algunos comportamientos que se vinculan con el fenómeno de la droga, no se hallan expresamente recogidos dentro del catálogo de conductas que examinamos, lo cual no significa que estén al margen de la represión punitiva o que queden impunes, pues otras expresiones típicas las subsumen. Revisten tal carácter:

Mediación

No existe como conducta autónoma e independiente la mediación en el tráfico, esto es, la actividad del que obra de manera personal y directa como intermediario entre el dueño de la droga y el que la adquiere. Este protagonismo -no obstante la ausencia expresa de incriminación-, se castiga como un acto de cooperación necesaria según los criterios generales de la participación criminal.

Donación

Tampoco se menciona expresamente la donación de la droga, para cuya entrega no existe contraprestación ninguna ni ánimo de lucro y sí liberalidad por parte del donante, práctica habitual en el mercado de los estupefacientes para difundirla o atraer a los consumidores

primarios u ocasionales e iniciarlos en el largo suplicio de la drogadicción. En tales supuestos cabe sostener la tipicidad de la acción como acto configurable de ofrecimiento, pues a través del estímulo de la donación se induce a otro a consumir estupefacientes.

ANTI JURIDICIDAD

Distingamos en este ámbito:

Estado de necesidad

- a. Es notorio en los despachos judiciales que los inculpados en su afán por aquilatar la licitud de su comportamiento, aduzcan un estado de necesidad por una situación de extrema pobreza que les impide subvenir no ya sus propias y elementales necesidades sino las de su familia, por lo cual delinquen, ofendiendo intereses ajenos. Estos o similares supuestos deben analizarse no dentro de los límites de principios abstractos sino de manera harto exigente y a la luz de las circunstancias particulares que enmarcan el hecho, pues si existen otras posibilidades de superar la emergencia o conjurar el peligro y el sacrificio del bien ajeno no se presenta como absolutamente necesario, resulta penalmente reprochable la conducta del sujeto y fútil el discurso de una situación capaz de excluir la ilicitud de la acción. Acudir a los actos del tráfico para realizar el hecho necesitado, en presencia de una situación amenazada por la absoluta escasez de bienes, cuando no se halla trabajo o no se dispone de otros medios o recursos que permitan franquear los riesgos de la propia subsistencia o la de terceros con los cuales se está obligado, conducta no provocada voluntariamente por el agente, la lesión a ese bien jurídico configura de suyo un estado de necesidad exculpante. Por cierto que este fenómeno es incompatible con actuaciones ilícitas permanentes. Debe tratarse de una intervención que excluya notas de invariación hacia el delito.
- b. Se alega como un verdadero *ius necessitatis* la conducta de quien siendo toxicómano, en una crisis de abstinencia, trafica con la droga como la única alternativa para salir de la angustia del problema. Admitiendo, de entrada, que el asunto planteado no es

fácil de elucidar, creemos que una distinción se impone: cuando el sujeto ha provocado voluntariamente la situación en que se encuentra o cuando *ha* arribado a ella en virtud de sucesivos tratamientos terapéuticos que le impelen fatalmente a consumir la droga. En la primera hipótesis, es claro que la conducta del drogadicto carece de una cobertura justificadora que autorice la acción, por ausencia de antijuridicidad, toda vez que al realizar lo jurídicamente prohibido, el agente fue excitado por actos propios y voluntarios imputables a él mismo, excluyéndose, en ausencia de uno de los elementos de la eximente (que el agente no haya causado intencionalmente el peligro), la alegación justificadora del hecho. En la segunda suposición, tampoco resulta claro admitir que se da un estado de necesidad porque aparte de las dudas que se presentan sobre si el anhelo de la droga constituye un daño o un riesgo para la salud del hombre, no podemos olvidar el hecho de que el peligro puede ser fácilmente superado bastando al enfermo acudir al médico y procurarse así un tratamiento científico que **desintoxique su organismo y lo rehabilite física y psicológicamente**¹⁶. En ambos casos, la ilicitud del resultado se impone.

Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita.

El tratamiento médico o científico basado en el fin curativo del paciente, cumple objetivos profesionales y quien así actúa ejercita el derecho de curar, reconocido por la misma ley. Al tratarse de una actividad profesional autorizada y reglamentada por el propio Estado, es natural que quien la ejerza pertenezca a la profesión médica. En tal orden de cosas, tienen que reconocerse como legítimos los actos que en desarrollo de su práctica realicen los galenos cuando en la medida de lo necesario y dentro de su buen juicio, adoptan medidas y **formulan medicamentos dirigidos a la conservación o restablecimiento de la salud**. En coyunturas tales y si en el tratamiento terapéutico que ciertas enfermedades requieren, el facultativo, respetando las reglas de su arte, receta el suministro de sustancias prohibidas o estupefacientes, no obstante su acción tóxica, con la mira de beneficiar y no causar daño al paciente, tal conducta se halla

¹⁶ En igual sentido, REY HUIDROBO, Luis F., opus, cit., págs. 145-146.

plenamente justificada por el cumplimiento de un deber, pero, además, por encarnar el ejercicio legítimo de la profesión médica. De esta guisa permanece el médico dentro de los límites objetivos y subjetivos de la práctica regular de la profesión y su comportamiento dentro de esas precisas circunstancias no llega a ser vedado por exclusión de lo ilícito.

Consentimiento del titular del bien jurídico

Si bien en algunos delitos, el consentimiento del ofendido elimina toda condición de incriminación por existir bienes jurídicos que el Estado deja a la libre disposición de su titular dentro de particulares circunstancias y concretos límites, en otros casos y dadas las exigencias ético-sociales superiores, la mayor parte de los intereses jurídicos reciben la protección del derecho penal por cuanto que su tutela se presenta como irrenunciable e indisponible. Adviene, así, el interrogante de si en el delito que nos ocupa, el disenso prestado por el consumidor de la droga en detrimento de su salud, constituye una expresión de voluntad jurídicamente válida o por el contrario carece de toda relevancia justificante.

Dada la indisponibilidad del derecho a la salud, que entre otras cosas tiene rango constitucional¹⁷, es absolutamente ineficaz e inoperante cualquier renuncia individual a la protección jurídica que involucre la salud física o corporal, mental o psíquica del hombre. La salud -interés jurídico por excelencia- constituye uno de los valores prioritarios y prevalentes de toda sociedad organizada que por su trascendencia social e importancia comunitaria, no está ni puede estar a disposición de nadie, ni sujeta a la libre deliberación de su titular, ni renunciable por un acto de discernimiento personal, ni en últimas, sujeta a las convenciones privadas. Y como la salud no es propiamente un bien individual sino social y colectivo, en manera alguna disponible, es del todo insuficiente un consentimiento que colinde con intereses públicos o sociales preponderantes. En estos casos, la existencia del consentimiento no desfigura el tipo y **no es** dable suponer la personificación de una causal de exclusión de ilicitud. El ofensor infringe la norma y responde por su violación.

¹⁷ Artículo 16 de la C.N.

CULPABILIDAD

1. El tipo subjetivo de este delito no ofrece dificultad sobre la exigencia del dolo. Tal punto de vista es correcto. En consecuencia, ha lugar el dolo de esta conducta cuando el autor conociendo el carácter nocivo de la sustancia para la salud, realiza voluntariamente uno cualquiera de los comportamientos prohibidos incluidos en el modelo de conducta.

2. No obstante que el legislador expresamente no prevé la verificación de un "animus" especial, es decir, de una finalidad que exceda los límites de realización del modelo objetivo y sin cuya presencia el hecho no resultaría penalmente relevante, destácase la existencia tácita de un particular elemento subjetivo de injusto consistente en un fin que está más allá de la acción típica al cual debe mirar la conducta del sujeto.

3. La comisión culposa del delito es posibilidad descartada en la normativa nacional al no estar admitida expresamente la responsabilidad a tal título. El tipo penal culposo en el artículo 33 no es posible. Conclúyese, entonces, que la única forma posible respecto a esta infracción, es la dolosa o intencional.

4. De la misma manera, la caracterización dogmática del delito elimina en toda su extensión la existencia del dolo eventual. Es claro que en su actitud interna el sujeto se representa como segura y factible la producción del hecho típico y como su voluntad final se adhiere a esos propósitos, eliminando dudas, posibilidades y consecuencias probables de su acción, resulta correcto entender que el agente desea -con la esencia del propio querer- la realización total o integral de este tipo de injusto, sin voluntad condicionada.

CAUSAS DE INCULPABILIDAD

Error de tipo

Para aplicar esta clase de error, el autor, al momento de ejecutar la acción debe ignorar las circunstancias constitutivas o los elementos que pertenecen a la hipótesis legal o su contenido típico. Debe tratarse

de un error esencial y no accidental. Quien por encargo ajeno introduce al país droga o estupefaciente conociendo perfectamente que su tráfico está prohibido más tomándola como sustancia con calidades que no se corresponden con lo vedado y por tanto no sujetas a sanción (bombones o chocolates), no comete delito alguno por ignorar el disvalor de la conducta o si se quiere, la valoración jurídica del acto.

Error de prohibición

El conocimiento de la ilicitud penal del hecho es sobremanera necesario para excluir la conveniencia de la antijuridicidad del comportamiento.

Por tanto, no es culpable quien al momento de la acción considera, erróneamente, no estar violando un mandato normativo obrando con el entendimiento de que su conducta está ajustada a derecho y de que su acción no está prohibida. Actúa, pues, sin culpabilidad. Imaginemos el caso del ciudadano extranjero que por desconocer la ley colombiana, ofrece a otra persona droga con la creencia de que aquí -al igual que en su país- esta conducta se halla legalmente permitida. O, el caso del médico que con el propósito de evitar el suicidio que le anuncia un paciente simulador, le entrega droga, considerando que ello se encuentra plenamente justificado.

AUTÓRIA Y PARTICIPACIÓN

1. Autor en sentido estricto, es aquél que realiza una cualquiera de las conductas del hecho, determinando por su acción personal, la configuración del suceso. Lo será, entonces, en el caso de este delito quien con conciencia de su ilicitud ejecuta de manera **individual** y plenamente responsable uno **de los concretos comportamientos** contenidos en el artículo 33. **No es autor, naturalmente, quien limita su acción a señalar el lugar o sitio donde se venda la droga o a identificar la persona del vendedor o simplemente acompañar al interesado.** Es de ver que estos últimos no cometen ningún delito.

2. Es perfectamente posible la coautoría si los traficantes, a virtud de un concierto pluripersonal y ejecutivo previo o de un obrar

comunitario (*pactum sceleris*), realizan con dominio y señorío sobre el hecho, el suceso delictivo, reproduciendo cada uno, parcialmente, los comportamientos prohibidos de que se trata. Los que financian la organización criminal o colaboran de cualquier manera en el incremento del capital, adoptando una forma de asociación con reparto de beneficios, son coautores. También lo serán los que facilitan medios o bienes para la elaboración ilícita de la droga mientras otros la producen, alcanzando los resultados del caso. En general, quienes de consumo y con repartimiento de trabajo pero con imperio sobre la actividad final punitiva, ejecutan las conductas vedadas.

3. Se aprecia complicidad en los supuestos de aquellos sujetos que cooperan -con voluntad de concurrencia- pero de manera incidental y no decisiva ni determinante, en la comisión del delito, hecho punible que aun sin su intervención, de todas maneras se habría producido. Por ejemplo; quien actúa como ayudante en la labor de la elaboración de la droga, el mensajero que por encargo de los delincuentes transporta una sustancia tal, el que facilita el dinero para la adquisición de la materia nociva y aun el que sirve de intermediario.

4. La conducta de quien causa el resultado valiéndose de otra persona irresponsable (*longa manus*) e incluso capaz pero que actúa bajo un error provocado o un engaño a la manera de instrumentos pasivos en donde ni uno ni otro son conscientes de la transgresión, es conducta directamente subsumible en la figura de la autoría mediata. Casos harto elocuentes suelen ser el de utilizar a menores o autómatas -como personas medios- para el tráfico o distribución, o el de entregar cajas o paquetes con aparente contenido inocente cuando lo que verdaderamente se transporta es la droga. En estos supuestos, el autor mediato se vale de simples auxiliares que si bien obran materialmente, por incapacidad o por desconocer la intención del primero, no son responsables de los actos que realizan.

5. Es posible admitir -en este arquetipo de conductas- la hipótesis de la comisión del punible por medio de violencia o inducción. Al primer supuesto pertenece el caso del sujeto que valiéndose de fuerza (*vis absoluta*) o amenazas (*vis compulsiva*), por razones de vindicta o de otra índole, cohibe de tal manera la psicología de otro que lo obliga contra su voluntad a inyectar la droga a un tercero. Este es un caso típico de ausencia de acción: el punible es cometido por quien

ejerce el constreñimiento y no por el que lo sufre, que actúa como mero instrumento. La inducción no es nada distinto a la influencia particular ejercida por un individuo sobre otro a quien determina o persuade de manera casualmente eficaz al delito. Incluso, reforzando una decisión que aparecía dolosa y que a virtud del acto del inductor, el sujeto se decide a obrar, eliminando sus últimos estados de vacilación o escrúpulos. Naturalmente que serían responsables tanto el sujeto inductor como el inducido.

CÓNSUMACIÓN Y TENTATIVA

En el mismo orden de la descripción alternativa que prevé la ley, se harán las referencias a las diversas acciones vinculadas al tráfico de estupefacientes:

Introducir en el país

El injusto se consuma cuando la droga logra penetrar a territorio colombiano, independientemente de que el culpable logre los fines teleológicos que se propuso alcanzar con la introducción.

En acción disvaliosa admite la presencia de tipo dependiente, pues es posible que el comienzo de ejecución se vea interferido por circunstancias ajenas al desarrollo de la voluntad criminal. Si en el plan del autor está entrar la sustancia nociva camuflada entre diversas mercancías y el hecho se descubre al momento de ingresar a suelo colombiano, este acto fallido constituye tentativa punible.

Sacar del país

La conducta incriminadora tiene lugar cuando el sujeto, burlando los controles oficiales, consigue colocar la sustancia nociva en territorio extranjero.

No ofrece problema alguno la tentativa. Se configura la posibilidad de su ejecución imperfecta cuando la droga es embarcada y antes que logre superar las fronteras patrias, por un acontecimiento inesperado, es descubierta sin que sobrevenga el resultado final apetecido.

Transportar

Cuando el agente realiza la labor de conducción de la droga y arriba al lugar predeterminado, sin ningún obstáculo, la acción representa la producción del resultado.

El supuesto es compatible con el tipo de la tentativa si en el recorrido del transportamiento se intercepta el vehículo que la acarrea y la droga es descubierta.

Llevar consigo

La ejecución de este verbo rector requiere necesariamente que el agente porte directamente el estupefaciente; su desarrollo ejecutivo nace y muere en un solo acto.

Y como la sustancia se porta o no se porta, no resulta adecuado hablar de un conato punible.

Almacenar

En esta hipótesis, el hecho jurídicamente se consuma cuando el traficante logra reunir o aglutinar - en lugar apropiado y no abierto al público- considerables cantidades del producto.

Hay posibilidad de formas imperfectas de ejecución si al instante de acumular la droga, el quehacer se interrumpe por aspectos fortuitos o por delación de terceros.

Conservar

Para la consumación de esta conducta es suficiente con que el sujeto asegure la subsistencia de la droga mediante actos relacionados con formas de protección, vigilancia y custodia.

Técnicamente no es posible la tentativa por constituir estas acciones comportamientos simples e instantáneos propios de un acto único¹⁸, de tal guisa que cualquier actividad de las tipificadas, es suficiente por sí misma para la realización del tipo.

Elaborar

La conducta que aquí se detalla se cumple en su totalidad cuando el agente realiza las operaciones técnicas dirigidas a procesar, preparar y transformar materias naturales para convertirlas en sustancias (drogas, estupefacientes o psicotrópicos) que originen dependencia.

Es simple de entender que como la elaboración o fabricación constituyen actos o actividades que requieren la producción de un resultado, cabe la posibilidad de la tentativa si el proceso de convertir la materia prima bruta en sustancia tóxica se interrumpe o frustra, sin alcanzar ésta su destino final, vale decir, las propiedades psicotrópicas propias de la transformación.

Vender

El desarrollo de este comportamiento tiene lugar cuando el autor traspasa el producto prohibido recibiendo como contraprestación el dinero convenido.

Cabe aquí la tentativa si en el instante de la venta el delincuente es sorprendido por la autoridad sin alcanzar el designio velado.

Ofrecer

El contenido de tipo penal se perfecciona cuando el malhechor concreta la proposición del espécimen al presunto cliente o cumple actos persuasivos o de proselitismo activo.

¹⁸

Piensa también así, JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, Tribunal Superior de Medellín, **providencia de agosto 16 de 1978.**

Es bastante el ofrecimiento independientemente de la aceptación o acogida de la oferta que incluso puede rechazarse. En estos supuestos cabe hablar de un conato de delito

Adquirir

Esta conducta alcanza la consumación cuando la actividad enderezada a obtener la droga que produce dependencia, se cumple a satisfacción.

Si el autor es descubierto en el momento mismo de la adquisición de la sustancia, habrá un comienzo de ejecución y no una acción consumada.

Financiar

Esta expresión se exterioriza, a juzgar por su sentido literal, cuando se aporta el dinero o los elementos, o suministros esenciales y absolutos para el surgimiento y gradual desarrollo' de un sistema de producción no autorizado legalmente, alcanzando los resultados del caso.

Parece posible la tentativa si la predestinación ilegítima de los aportes no logra su cometido o si alguien, traicionando la confianza de los financieros, les da un destino diferente del autorizado inicialmente.

Suministrar

La base culminante de esta conducta tiene lugar cuando se aprovisiona o abastece a otro de droga tóxica a cualquier título.

La acción típica admite la figura imperfecta de tentativa si el sujeto es descubierto en el momento mismo en que surte o provee a alguien de la sustancia

TIPÓ AGRAVADO

En una enumeración que pretende ser completa y que recoge el artículo 38 de la ley en comento, desfilan en materia de agravantes, las circunstancias específicamente previstas por el legislador que reclaman una especial consideración. Ellas son:

Por la calidad personal del sujeto utilizado

El que con dominio del acto y para difundir y expandir el mercado de estupefacientes utiliza a sujetos que por su temprana edad (menores de 16 años), anormalidad o disminución psíquica (trastornos mentales) o toxicómanos (adictos necesitados perentoriamente de drogas), no alcanzan a advertir en toda su cruel dimensión el flagelo de la droga ni la naturaleza del acto que realizan -siendo las verdaderas víctimas del problema por su inmadurez y vulnerabilidad, se hace merecedor a una justa agravación de la pena. Acaso habrá que agregar que se justifica el incremento ante el mayor disvalor de la conducta.

Por el lugar

Centros educacionales, unidades militares, establecimientos carcelarios, asistenciales, culturales, deportivos, de recreación y vacacionales.

Centros educacionales. Son aquellos lugares habitualmente destinados a la enseñanza y educación pública y privada. Lo propio cabe pregonar de los centros de asistencia, cultura, deporte, recreación y vacacionales. donde la gente acude para realizar actividades de ese tenor.

Establecimientos carcelarios. Son aquellos centros penitenciarios donde los reclusos purgan la condena impuesta por los jueces en virtud de los delitos cometidos. Esta consideración no vale para las celdas o calabozos de comisarías o inspecciones de policía donde de manera ocasional y por breve tracto, se detiene a individuos transgresores de la ley mientras se les traslada **a los** centros de reclusión.

Cuarteles. Son aquellas unidades castrenses donde militares y civiles al servicio de las Fuerzas Armadas están sometidos provisional o permanentemente a un régimen de la calidad anotada y obran bajo las órdenes de los correspondientes superiores jerárquicos.

Juega la agravante por entenderse que en todos estos lugares se concentran grandes cantidades de personas, donde dada su heterogénea y variable composición, se facilita sobremanera el tráfico, consumo y difusión de la droga. Es de rigor advertir que también se configura la agravante -según la descripción legal- cuando el hecho se realiza en inmediaciones o lugares aledaños, adyacentes, vecinos o colindantes con las áreas anteriormente reseñadas. Es visible el interés del legislador por ampliar el espectro y la represión del delito a aquellos parajes próximos a los sitios enunciados, donde la actividad del traficante se facilita enormemente por la presencia permanente o transitoria de un número flotante de población. Demás está decir que el punible debe guardar correspondencia con el lugar o lugares inmediatos o confinantes que el legislador pretende proteger y resguardar como serían, por vía de ejemplificación, la entrada a un estadio de fútbol, a una plaza de toros, a un velódromo o a la salida de un teatro o de una institución universitaria.

Por el desempeño de cargo de docente o de educador de la niñez y juventud.

Es muy claro el motivo de la calificante. Apenas cabe agregar la extrema gravedad que comporta la conducta cuando el hecho se realiza por parte de quien por su condición de docente, tiene la trascendental misión de formar moral e intelectualmente a los niños y jóvenes. A la entidad obvia que delatan los hechos se suma la actitud de quien violando sus deberes de protección, vigilancia y resguardo hacia sus alumnos, se convierte en transgresor de las acciones penales previstas por la ley, abusando precisamente de esa calidad y de la garantía moral que otorga el cargo. En estos casos, resulta el comportamiento más repulsivo y dañoso por el ascendiente y la decisiva influencia de que gozan aquéllos sobre la masa de los educandos. La agravante es imprescindible y de significativa importancia.

Por la calidad jurídica del sujeto activo calificado

A pesar de la defectuosa e imprecisa fórmula legal, es claro que la sistematización de la agravante especial mira al examen concreto de un sujeto activo calificado (tutor o curador), quien, ejerciendo de manera lícita la administración, tutela y cuidado de aquéllos que no pueden dirigirse a sí mismos, destina los bienes inmuebles que le han sido confiados a actividades que se rozan con el tráfico de drogas. **Los alcances penales tienen que ver o estar conectados necesarísimamente con estos asuntos que ofenden la salud pública. El gravamen de la pena está más que justificado.**

Por entrada furtiva al país

Como causa de la elevación de la sanción se describe en este apartado la conducta de quien ingresa al territorio colombiano valiéndose de estratagemas, engaños o artificios o sin autorización legal. La observación es válida en presencia de un nexo causal de acondicionamiento entre el ingreso subrepticio al país por parte del sujeto de la acción y la ejecución de las conductas reprimidas en el artículo 33. Si la sumisión entre el autor y el catálogo de conductas conocidas no existe, desaparece la agravante y con ella el acrecentamiento de pena.

Por la cantidad del objeto material

Tiene vigencia este factor cuantitativo a medida que se incremente la acumulación de la sustancia incautada. El individuo a **quien se sorprenda en posesión de más de un mil (1.000) kilos de marihuana o cien (100) de hachís o cinco (5) de cocaína o metacualona, sin permiso legal, se hace merecedor en el campo punitivo a una superior retribución por el mayor desvalor del acto delictivo. Por último, es de precisar que la agravante solamente procede cuando la sustancia incautada se corresponda con alguna de las antes relacionadas.**

PUNIBILIDAD

1. De acuerdo con lo ordenado en las normativas, el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 con pena de prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa en cuantía de diez (10) a cien (100) salarios mínimos, a quienes incurran en la violación de las acciones típicas contenidas en la disposición.

2. Si la cantidad de droga excede la dosis para uso personal ¹⁹ sin pasar de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína, doscientos (200) gramos de metacualona, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa en cuantía de dos (2) a cien (100) salarios mínimos.

3. El agente de la acción -en tratándose de imputables- está sometido a la asignación de la pena según principios y reglas generales del ordenamiento penal. Los inimputables, al espacio reservado a las medidas asegurativas.

4. El mínimo de penas previsto en el artículo precedente, se duplicará en los supuestos siguientes:

a. Cuando el hecho se realiza:

1. Valiéndose de la actividad de un menor de dieciséis (16) años, o de quien padezca trastorno mental, o de persona habituada.
2. 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.

¹⁹ "Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos... No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleva consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad" (art. 2º., lit. "j", Ley 30/86).

3. Por parte de quien desempeñe el cargo de docente o educador de la niñez o la juventud.
4. El inmueble que se tenga a título de tutor o curador.
- b. 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.
- c. 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.

DERECHÓ PRÓCESAL

El delito así previsto y penado por la ley, será de competencia en primera instancia de los jueces penales y promiscuos del Circuito. En segunda, de las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Para su investigación se utilizará, de preferencia, personal especializado de la Policía Judicial y Jueces de Instrucción Criminal radicados o ambulantes (art. 46).