



**ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD EN LA ACTUAL DISCUSIÓN
SOBRE SALIDAS ALTERNATIVAS DENTRO DEL PROCESO PENAL PARA
CONDUCTAS RELACIONADAS CON DROGAS.**

MIGUEL ALEXANDER LEÓN BOCANEGRA.

COD. 3000620

Artículo para optar por el título de Magister en Derecho Procesal Penal.

Profesor.

Ricardo calvete Merchán.

Asesor Metodológico.

Universidad Militar Nueva Granada.

Facultad de derecho.

Maestría en Derecho Procesal Penal.

Bogotá D.C. 2016.

Análisis del principio de necesidad en la actual discusión sobre salidas alternativas dentro del proceso penal para conductas relacionadas con drogas¹.

Miguel Alexander León Bocanegra.²

Resumen.

El presente artículo analiza el principio de necesidad de la pena, en la actual discusión sobre salidas alternativas al derecho penal y a la pena de prisión para delitos relacionados con drogas y su incidencia en el proceso penal colombiano, con la finalidad de indagar sobre las implicaciones del principio de necesidad en las salidas alternativas para delitos relacionados con drogas dentro del proceso penal, de tal suerte que se revisa la eficacia de las normas que penalizan este tipo de conductas, particularmente lo referente al porte y consumo de estupefacientes, de cara a la implementación de desarrollos jurisprudenciales en el país, todo ello en el marco de lo que ha sido identificado como el fracaso de las políticas prohibicionistas, con miras a la búsqueda de soluciones para el actual problema de hacinamiento carcelario.

Palabras Claves. Política de drogas, alternatividad penal, subrogados penales, principio de necesidad, despenalización, dosis mínima.

Abstract.

This article discusses the principle of necessity of punishment, in the current discussion on alternative outlets to the criminal law for offences related to drugs and their impact on the Colombian criminal process, in order to inquire about the implications that have the main arguments that made viable alternative outlets in the reformulation of criminal policies in respect of offences relating to drugs within the criminal process so that review the

¹ Artículo de revisión temática como ejercicio de opción de grado de maestría.

² Abogado egresado de la Universidad Católica de Colombia, especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses de la misma universidad. Litigante y candidato a magister Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada.

effectiveness of the rules that penalize behavior related to drugs, particularly as regards to the bearing and consumption of drugs, with a view to the implementation of jurisprudential developments in the country, all in the context of what has been identified as the failure of prohibitionist policies , with a view to finding solutions to the current problem of prison overcrowding.

Key words. Drug Policy, Alternative Sentencing, Subrogated Criminal, Principle of Necessity, Descriminalization, minimum dose.

Introducción.

A partir del último informe de la comisión asesora en política criminal, se pone en evidencia la carencia de una política criminal en el país, que determine con coherencia las conductas que deban ser reprochables penalmente. A la par emerge la preocupación por distintos sectores de la sociedad, tanto a nivel nacional como internacional, de buscar salidas alternas a la pena de prisión para conductas relacionadas con drogas.

Ahora, si se tiene en cuenta que en Colombia se está atravesando desde hace ya un tiempo por una crisis debido al hacinamiento carcelario, resulta entonces necesario preguntarse por los presupuestos que fundamentan la criminalización de las conductas relacionadas con drogas, lo que sugiere preguntarse sobre el papel que cumple el principio de necesidad de la

pena, al momento de sancionar con penas de prisión, las conductas relacionadas con drogas.

Por ello el análisis del principio de necesidad de la pena, en la actual discusión sobre salidas alternativas al derecho penal para delitos relacionados con drogas y su incidencia en el proceso penal colombiano, permitirá no solo tener mayor claridad sobre cómo deben operar las diferentes figuras jurídico penales que existen procesalmente, sino que permitirá responder al interrogante sobre las implicaciones que tiene el principio de necesidad en las salidas alternativas en materia de delitos relacionados con drogas dentro del proceso penal.

Se espera que la argumentación que se propone en el escrito, sirva a su vez de criterios orientadores para todos los

operadores de justicia al momento de discernir sobre la sujeción o no a un proceso penal por conductas relacionadas

con drogas, haciendo un llamado a la racionalización del derecho penal, en aplicación de la máxima de ultima ratio.

Metodología.

Para el desarrollo del presente escrito, en primer lugar se tuvo en cuenta los estudios de carácter institucional, oficiales y no oficiales, que acreditan tanto la carencia de una política criminal clara y estable en el país, así como la actual crisis carcelaria que se afronta.

Ello abrió la puerta para estudiar los fundamentos teóricos y jurídicos, principalmente, que sustentan las políticas prohibicionistas y las políticas libertarias, escenario en el cual se observó la discusión actual sobre búsqueda de salidas alternas a la prisión para conductas relacionadas con drogas, entre las que se destacan la

despenalización y la legalización, exponiéndose sus pro y contra y su relación con el principio de necesidad como fin de la pena.

Finalmente fue necesario aterrizar la discusión al contexto normativo colombiano, por lo que se consultaron las normas que regulan el tema de las drogas en el país, particularmente las que lo sancionan con penas de prisión, así como las que viabilizan salidas alternas a la pena de prisión en el proceso penal con sus consecuentes desarrollos jurisprudenciales.

Resultados.

Con la entrega del informe final de la Comisión Asesora de Política de Drogas en Colombia, “Lineamientos para un nuevo enfoque de la política de drogas en Colombia” de Mayo de 2015, se hace énfasis en la reformulación de la política

criminal en materia de delitos relacionados con drogas, crítica que va a la par con las conclusiones del informe sobre política criminal en Colombia, por parte de la Comisión Asesora en Política Criminal, al señalar la carencia de un política criminal

que respete postulados básicos del derecho penal, entre ellos el principio de necesidad (2012, 66).

Ello debido a que la postura del Gobierno Nacional, ha sido precisamente dirigida hacia un populismo punitivo que busca endurecer las penas y en general hacer mayor uso del derecho penal para ciertas conductas delictivas, en especial, las relacionadas con tráfico de estupefacientes, lo que se evidencia con las más recientes modificaciones legislativas, lo que a su vez ha generado que el delito de porte de estupefacientes, sea una de las conductas delictivas que más ingresos ha tenido en el sistema procesal penal. (Comisión asesora en política criminal – Informe final, pág. 63), generando en consecuencia una aumento sustantivo en la evolución del problema carcelario (Universidad de los Andes-GDIP. Informe de diagnóstico, sistema penitenciario y carcelario: una perspectiva comparada desde 1998).

En relación con lo anterior, entre el 2000 y el 2014, el total de la población carcelaria creció en 136%, mientras que la población interna por delitos relacionados con drogas, se incrementó en 269% en el mismo periodo de tiempo, con lo que se

observa un incremento considerable de la población carcelaria de este tipo de conductas. (Uprimny Et. al - 2015).

De hecho, puede observarse que los delitos relacionados con drogas y concretamente el tráfico de estupefacientes, encabezan la lista de conductas que más llenan las cárceles del país, con un total de 23.516 (13.6 %) personas reclusas por esta conducta, en comparación con el homicidio 16,6% (28.783), hurto 16,5% (28.568), el tráfico de armas 14,5% (24.988), concierto para delinquir que registró el 7,6% (13.152). (INPEC - Informe 2015). Vale recalcar que dichas cifras se compadecen con lo registrado por la Corporación Excelencia en la Justicia (2011), en cuanto que, entre Enero de 2005 y Diciembre de 2009, se presentaron 46.651 condenas por el delito de porte de estupefacientes en el país.

Particularmente el porte de estupefacientes ha registrado un incremento en su población carcelaria desde el año 2000 en el que el 11% de los internos estaban reclusos por esta conducta y al 2014, ese porcentaje se incrementó al 21%. (Uprimny, Et. Al. 15).

Junto al hacinamiento carcelario, la criminalización de las conductas

relacionadas con tráfico de drogas ha generado paralelamente al narcotráfico, el fenómeno del micro -tráfico, esto es, el mercado de estupefacientes en baja escala, como medio de financiamiento de estructuras criminales asociadas a mercados de consumo en zonas urbanas (Camacho Et. Al pp. 41-65).

De hecho, de las conclusiones arrojadas por la comisión asesora en política de drogas, a la fecha no se avizoran resultados satisfactorios en cuanto a la lucha contra las drogas, por lo menos en lo que atañe a la sobrepoblación carcelaria y el aumento de las cifras de consumidores jóvenes. Así entonces, se puede observar como el aumento de la tasa de población carcelaria por este tipo de conductas cada vez más crece y como cada vez más crece también el número de personas que acceden no solo al consumo sino al mercado ilegal que genera el tráfico de drogas (Informe Epidemiológico- 2012).

Ello compagina con el más reciente informe mundial sobre drogas de 2015 de la UNODC en el cual señala que en Colombia hubo en el 2014 un incremento del 44% de cultivos ilícitos de coca en el país, esto es de 48.000 hectáreas en 2013 a

69.000 en el 2014 y el incremento de una producción potencial de cocaína en el 2013 de 290 toneladas métricas a 442 toneladas métricas en el 2014, esto es un incremento del 52%.

Ahora, cada una de las posturas que se implementan en materia de política de drogas, tiene un componente teórico que las sustenta, el cual a grandes rasgos, bien puede ser prohibicionista o libertario, lo que determinará las estrategias y herramientas a emplear en la política de drogas de la que se valga el Estado, en donde incluso puede pensarse en sistemas alternativos como los de uso y consumo socialmente integrado (Sandoval López-2012).

Todo lo anterior se ha dado, pese a los avances jurisprudenciales que sobre la materia se han dado en el país, como por ejemplo, la sentencia de constitucionalidad 221 del año 1994 con la cual se despenalizó el consumo de la dosis personal o incluso las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que se refieren a la dosis de aprovisionamiento, tema sobre el que más adelante se ahondará en el escrito.

Sin embargo y pese a dichos avances de hace más de 20 años, aún en la

actualidad la discusión está latente, incluso en el plano normativo.

La promulgación del acto legislativo 002 del 2009, modificó el artículo 49 de la constitución política colombiana, con la intención de desmontar del ordenamiento jurídico la despenalización de la dosis personal. Producto de dicha iniciativa, se reformó el artículo 376 del Código penal, por medio de la ley 1453 de 2011 o ley de seguridad ciudadana, reforma con la que también se pretendía generar dicho cambio, al penalizar nuevamente el consumo. Sin embargo, nuevamente la Corte Constitucional por medio de las sentencias C-574 de 2011 y la C-491 de 2012 reafirmó la despenalización del consumo de la dosis mínima en Colombia, pese a que en la primera de ellas la Corte Constitucional, se declaró inhibida por indebida identificación de la proposición jurídica completa.

Todo este péndulo entre prohibicionismo y despenalización, no permite identificar con claridad cuál es la teoría que en Colombia rige en materia de drogas aspecto que resulta de potísima importancia toda vez que la concepción que un país tenga respecto a un tema tan

polémico como la política de drogas, es lo que determinará la naturaleza de las medidas que se tomen. Sin embargo, resaltan las tendencias prohibicionistas en el país, y con ellas, su consecuente crisis carcelaria que resulta de la criminalización de las conductas relacionadas con drogas

En este punto, cobra total relevancia, el fundamento con el cual el derecho penal interviene en las conductas sociales, puesto que uno de los principios del derecho penal, es el de necesidad de la pena (código penal artículo 3), que obliga al operador judicial a que la pena: “sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no solo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y

cultural” (Corte Constitucional Sentencia C-647 de 2001).

Sin embargo, con el uso de la pena de prisión y del derecho penal para contrarrestar todas las conductas relacionadas con drogas, lo que se ha generado, es el incremento considerado de la población carcelaria por este tipo de conductas, lo que llevaría a preguntarse sobre la eficiencia de dichas políticas represivas con pena de prisión y sobre la correcta utilización del derecho penal como *ultima ratio* o mejor aún, sobre las posibilidades de encontrar dentro y fuera del proceso penal, las herramientas jurídicas que viabilicen la utilización de medidas alternativas a la pena de prisión y menos lesivas que esta, así como su respectiva sustentación jurídica.

En un contexto como el colombiano, la gravedad de la conducta determina la severidad del castigo, interpretando esta severidad como la eficiente solución a un problema social que merece ser atendido, es decir, ente más represiva y punitiva la norma, más eficiente será el castigo y es por ello que se han podido observar que frente a diferentes hechos de criminalidad, la respuesta para contrarrestarlos ha sido su

tipificación como delito o incluso el aumento exacerbado de sus penas cuando ya está consagrado como delito.

Sin embargo, para autores como Daniel Nagin y Steven Durlauf (2010) hay muy poca evidencia de que un incremento en la severidad del castigo tenga efectos disuasivos significativos, mientras que existe evidencia sustantiva de que el incremento en la certeza del castigo es el que tiene efectos disuasivos importantes, siendo que descontextualiza el principio de necesidad de la pena y su función de prevención general negativa, dado que su amenaza punitiva no intimida a los ciudadanos divergentes (Pérez Pinzón; 1993; 27).

Es decir, hay pocas pruebas en el mundo de que haya una relación entre las altas tasas de encarcelamiento y las bajas tasas de delincuencia, siendo en vez de ello, que usualmente se observa lo contrario, ya que las altas tasas de encarcelamiento son frecuentemente un indicador de la ruptura de valores sociales en la comunidad. (2009; 132).

Particularmente en los asuntos relacionados con drogas, se ha concluido por Uprimny, Guzman y Parra (2013, 120) que la sanción penal no ofrece ningún

beneficio debido a que no existe evidencia de que demuestre que su uso, influya positivamente en la reducción de la oferta de drogas ilícitas y su consumo.

Si ello es así, inoperante resultaría, tratándose de lucha contra las drogas, la criminalización de todas las conductas o acudir en todos los casos a la pena de prisión, deslegitimando su carácter de ultima ratio y de paso afectando el principio de necesidad.

Como se puede observar hasta el momento, existe un conflicto provocado por la tensión entre el principio de necesidad y las regulaciones prohibitivas que sancionan con medidas de prisión las conductas relacionadas con drogas, en donde se hace relevante, en aras de darle un verdadero alcance a dichos principios, replantear la necesidad de dichas medidas privativas de la libertad y formularse salidas alternativas a la pena de prisión dentro del marco del proceso penal.

Pensando en ello, se han empezado a generar propuestas a nivel internacional y nacional, plasmadas en el más reciente informe técnico del ministerio de justicia sobre medidas alternativas para estas conductas, contemplándose medidas pre-procesales, procesales y post-procesales.

Además, Colombia fue designada como Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de Estados Americanos (OEA) para que dentro de la Estrategia Hemisférica sobre Drogas y su Plan de Acción 2011-2015 se estudie la posibilidad de llevar a cabo las medidas necesarias con miras a permitir alternativas a la privación de la libertad para los infractores de la ley, que a su vez son dependientes de drogas.

La discusión hasta ahora empieza en el país y el discurso ya está cambiando. Se está empezando a pensar en la necesidad de otros enfoques para afrontar el problema de las drogas en el país y desde los estrados judiciales se puede observar y cultivar la argumentación necesaria para cambiar el paradigma hacia medidas alternas al derecho penal y a la pena de prisión para este tipo de conductas, en armonía con el principio de necesidad, el cual hace meritoria la discusión para dejar de ver en el derecho penal y la pena de prisión, la solución efectiva para contrarrestar los efectos negativos de la lucha contra las drogas.

Contexto normativo sobre la política de drogas y las salidas alternas a los delitos relacionados con drogas.

Con el capítulo segundo del título trece del libro segundo del código penal colombiano, ley 599 del 2000, se sancionan penalmente en el país, una serie de conductas, relacionadas con el tráfico de estupefacientes, estableciéndose penas mayores a los seis años en la mayoría de delitos.

Por supuesto que esta normatividad, y en general toda aquella que regula el tema de las drogas en el país, debe enmarcarse dentro de los parámetros establecidos en tratados y convenciones internacionales, vinculantes para el país en materia de drogas, por lo cual para el inicio de la discusión desde el plano normativo, se debe comenzar por mencionar aquellos preceptos de orden legal, de diferentes latitudes (normas internacionales y nacionales), que estatuyen lo que debe ser el control de las drogas psicoactivas en el mundo y por supuesto en Colombia, para posteriormente, desembocar en las reglas permisivas y prohibitivas (Alexy 2002; 29) que desarrollan la política antidrogas en Colombia, desde el seno mismo de la constitución política, para descender así a

aquellas normas que en materia penal, desarrollan dichos mandatos, con el fin de verificar si tiene cabida en el ordenamiento nacional, la implementación de medidas alternativas al encarcelamiento en delitos relacionados con drogas.

Igualmente se dedicará un espacio para analizar la existencia y procedencia normativa y jurisprudencial, de algunas figuras jurídicas contempladas en la ley 906 de 2004, como soluciones que no impliquen una pena privativa de la libertad, en donde juega un papel determinante la reciente modificación legislativa realizada por la ley 1709 de 2014 frente a la búsqueda de salidas alternas a la prisión para delitos relacionados con drogas. En este punto, resultará relevante para el desarrollo de la temática, observar cuales han sido los más prominentes pronunciamientos judiciales al respecto, por lo que será necesario remitirse a las altas cortes, para verificar el desarrollo de tales postulados normativos.

Ya en materia, lo primero será mirar los orígenes internacionales de las reglamentaciones sobre política de drogas, iniciando con la Conferencia Internacional sobre el Opio de Shangai de 1909, de la cual emergieron varias resoluciones, hasta

culminar en la Convención Única de Estupefacientes de 1961 (modificado posteriormente por el Convenio de Ginebra de 1972), a la que le siguió la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, con la cual, no solo se buscaba criminalizar en nombre de la salud pública, constituyéndose en un paso nuevo de las teorías prohibicionistas y una nueva obligación para los estados contratantes, sino que se instauró la obligación para dichos Estados, de privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito generando que el producto de sus actividades delictivas desaparezca, eliminando así su principal incentivo para tal actividad, debido a lo cual se consideran estas resoluciones, el inicio de la criminalización y prohibicionismo en materia de drogas. (Uprimny et Al. 2013, 31).

Pese a lo anterior, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, interpretada a la luz del derecho internacional general y de las obligaciones en derechos humanos adquiridas por Colombia, aunque es en esencia prohibicionista, permite que los Estados puedan adoptar medidas para el

tratamiento, la rehabilitación o reinserción social, como alternativa a la condena o el castigo penal, situación que ha sido incluso reconocida por la Informe de Avance de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas –CICAD-(2014,5).

Al respecto Garzón Ardila (2014, 14), citando a Galán y Guerrero (2008 70, 71) señala como estos cuerpos normativos, independientemente de que fueron impulsados por EEUU, consolidaron el pensamiento prohibicionista que promovía tanto la eliminación de sustancias de consumo y producción invitando a la penalización.

Todo este contexto normativo internacional es lo que ha sido denominado como el régimen internacional de control de drogas (RICD), y con base en él, se ha venido legislando sobre la materia, de una manera que bien podría denominarse como prohibicionista, ya que se acude en gran medida a la pena de prisión como mecanismo para controlar dicha conducta pero antes de pasar al desarrollo legal de la política implementada en Colombia, será oportuno

ver cómo se desarrolla desde la Constitución Política de 1991.

El artículo 49 de la Constitución Política, es el primer artículo que desarrolla el tema de las drogas en el país. Por el momento es oportuno resaltar que las modificaciones legislativas en los últimos años sobre este artículo, evidencian una postura prohibicionista en la regulación sobre drogas en el país.

Dicho artículo, modificado recientemente por medio del acto legislativo 02 de 2009, declarado exequible condicionadamente por medio de la sentencia C- 882 de 2011, se refiere al derecho a la salud, y particularmente frente al tema del porte y consumo de sustancias estupefacientes, estableció su prohibición, salvo prescripción médica. Esta clara tendencia prohibitiva, fue posteriormente cuestionada y aclarada por parte de la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-574 de 2011, con sustento en la sentencia C-221 de 1994 y la exposición de motivos de la referida reforma constitucional, que reconoció el derecho a la dosis personal, siendo esta sentencia una de los primeros avances anti-prohibicionistas en el país.

Se observa pues que desde la misma constitución, se intentó establecer una tesis prohibicionista extrema, al restringir hasta la dosis personal y que ello se suma al desarrollo de una normatividad que sanciona penalmente diversas conductas relacionadas con drogas.

En efecto en el código penal colombiano, ley 599 del 2000, desde su artículo 375 al 385 sanciona una serie de conductas relacionadas con drogas: el artículo 375 sanciona la conservación o financiación de plantas; el 376, quizás el de mayor aplicación y controversia, sanciona el tráfico y porte de estupefacientes; el 377 castiga la destinación ilícita de muebles e inmuebles; el 377^a sanciona el uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles y sumergibles, con un agravante adicional en el 377b por utilizar dichas naves con un fin ilícito determinado; el artículo 378 penaliza el estímulo al uso ilícito; el 379 tipifica el suministro o formulación ilegal por parte de los galenos; el 380 castiga ese mismo suministro pero a deportistas; el 381 sanciona el suministro a menor; el 382 sanciona el tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos; el 383 castiga el porte de sustancias como la

escopolamina, que sirvan para colocar en estado de indefensión a las personas; y el 384 determina una serie de circunstancias que agravan las penas de los delitos señalados. Finalmente el artículo 385, sanciona la existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje.

Aparte de la discutible discusión dogmática que se pueda dar por la exagerada tipificación de conductas que pudieran sancionar varias veces un mismo hecho, vale la pena señalar para los efectos de este trabajo, las siguientes conclusiones: (i) todos los delitos señalados, no solo contemplan penas de prisión (las cuales en su mayoría exceden los 6 años), sino que contemplan penas accesorias como la multa y la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio, así como al inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas e incluso en ciertos casos desproporcionadas, frente a otras conductas de mayor gravedad, vulnerando el principio de proporcionalidad en sentido abstracto, el cual como se verá más adelante, está compuesto por el principio de necesidad de la pena (Uprimny et al. 2013,54); (ii) se observa que la tendencia ha sido la creación de más tipos penales al

respecto, como por ejemplo el artículo 377^a introducido por la ley 1311 de 2009 y el 377b, adicionado por la ley 1453 de 2011; (iii) y lo más grave aún, con el artículo 68^a del código penal, modificado por la reciente ley 1709 de 2014, se señala que no se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, a los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, dificultando la aplicación de salidas alternas al proceso penal y a la pena, tema sobre el cual se profundizará más adelante.

Asimismo, resulta oportuno señalar que la mayoría de estas conductas, deben interpretarse a la luz de la ley 30 de 1986, ley con la cual se regula en el país todo lo relacionado con estupefacientes, en donde se señalan los significados de algunos términos encontrados en la norma penal y que la dogmática ha señalado como tipos penales en blanco.

Incluso, dicha ley 30 también contenía descripciones de orden punitivo, señalándose penas privativas de la libertad para algunas conductas relacionadas con drogas y cuya tendencia fue a endurecer el

monto de las penas, las cuales incrementaron posteriormente con la expedición de la ley 365 de 1997, evidenciándose que antes de las existencia de la actual normal penal acá estudiada, ya se presentaba en la legislación nacional, el aumento de penas de prisión para combatir penalmente las conductas relacionadas con drogas, tendencia que actualmente sigue operando en el país y que es objeto de crítica, en los términos que se han señalado.

Igualmente la ley 745 del 2002 y la 1153 de 2007, también establecieron sanciones, pero administrativas y pecuniarias, a ciertas conductas relacionadas con drogas, constituyéndose en leyes importantes a efectos de buscar alternatividad penal para este tipo de conductas. Sin embargo ambas leyes fueron declaradas inconstitucionales (la ley 745 de forma parcial), por parte de las sentencias C-101 de 2004 y la C-879 de 2008, respectivamente, por asuntos de fondo, más que de forma.

Dentro de los diversos tipos penales arriba señalados, vale la pena detenernos por un momento en el artículo 376, que consagra el porte de estupefacientes.

Señala la norma: *El que sin permiso de autoridad competente, 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 ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Si la cantidad de droga no excede 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 o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento

cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De la citada norma, y para los efectos del presente trabajo, se debe señalar lo siguiente: con este solo tipo penal, ya se están sancionando penalmente varias conductas, referidas en los verbos rectores, siendo que se castiga el que introduzca, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre drogas. Además, la redacción original del

tipo penal consagraba la salvedad del uso de la dosis personal, la cual se eliminó de la norma con la reforma 1453 de 2011, pero como se mencionó líneas arriba, dicha situación ya fue debatida en la Corte Constitucional, al retomar la postura planteada desde la sentencia C-221 de 1994 en la sentencia C-574 del 2011, permitiendo el uso de la dosis personal.

Sin embargo, es importante resaltar que desde su primer examen de constitucionalidad en la sentencia C-689 de 2002, se dejó en claro que debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo en las cantidades consideradas como dosis de uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita adelantada por el afán de lucro, tesis que permite diferenciar al consumidor y adicto, del delincuente.

Por otro lado es necesario señalar que este tipo penal, ha sido uno de los que mayor incremento ha presentado en cuanto cifras de hacinamiento carcelario en el país, llegando a estar dentro de los cinco delitos que mayor población carcelaria concentra en el país con un total de 23.516 personas, esto es 13.6%, lo que podría asociarse a que ha sido una de las conductas delictivas que más ingresos ha

tenido en el sistema procesal penal, como fue señalado líneas arriba. (Comisión asesora en política criminal – Informe final, pág. 43).

Además, entre Enero de 2005 a Diciembre de 2009, ya eran 46.651 las personas condenadas por este delito (CEJ. 2010; 58), lo que se refleja con que a 2014, ya sean 85.868 personas capturadas, por flagrancia u orden de captura por esta conducta, según la Dirección de Investigación Criminal e Interpol. (CEJ 2015; 35), igualmente concordante con los datos arrojados por el centro de investigaciones criminológicas (CICRI) de la policía nacional que señala que por esta conducta, se realizó el mayor número de capturas en el 2014, llegando al 31% del total de capturas, por encima de otros delitos como el hurto y homicidio (CEJ. 2015).

En este aspecto, valga la pena mencionarlo, ha radicado una de las principales críticas a la penalización de dicha conducta, toda vez que representa un gran desgaste, para la administración de justicia y particularmente para las unidades de reacción inmediata (URI) y de seguridad pública, debido a que la mayoría de estas capturas que llegan a

sentencias condenatorias, surgen de conductas de consumidores o micro traficantes capturados en flagrancia, generados en operativos de la policía de vigilancia en las llamadas “ollas de droga”, todo ello sin que se represente en un impacto significativo en la lucha contra este flagelo. (CEJ. 2010; 57).

De allí radica, nuevamente se sostiene, la necesidad de pensar en la reformulación del principio de necesidad de la pena, para las conductas relacionadas con drogas, en aras de mirar las posibilidades de salidas alternas al proceso penal en Colombia, alternativas que no pueden quedarse solo en un amplio catálogo de subrogados penales.

Pese a ello, con la expedición de la ley 1709 de 2014, se prohibió la aplicación de subrogados penales y beneficios judiciales y administrativos para los delitos relacionados con drogas. En efecto el artículo 68ª modificado por el artículo 32 de la ley 1709 de 2014, establece que no se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena (regulada en el artículo 63); la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión (artículo 38); ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, como

podrían serlo la sustitución de la ejecución de la pena (artículo 461 del Código de procedimiento penal) o los permisos administrativos penitenciarios de 72 horas (artículo 147 ley 65 de 1993), a quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones.

Como se puede observar, ha sido tendencia legislativa el acudir primordialmente a la pena de prisión en los delitos relacionados con drogas, incluso llegando hasta el extremo de excluir este tipo de conductas de cualquier tipo de beneficio legal, administrativo o judicial, lo que reafirma aún más que estamos bajo una política prohibicionista.

Pese a ello, actualmente se están promoviendo cambios interesantes en la forma de abarcar el asunto de las drogas en el país, como por ejemplo la promulgación de la ley 1566 de 2012, como un paso importante para reconocer que el consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas, lícitas o ilícitas es un asunto de salud pública y bienestar de la familia, la comunidad y los individuos, o el proyecto de ley que busca legalizar el consumo de ciertas drogas, particularmente la marihuana, con fines

medicinales y con control total del monopolio por parte del estado. Sin embargo, la tendencia actual sigue siendo desgastar aún más el uso de la prisión, con todas las críticas que ello representa.

En este contexto, se abrió en Colombia el camino para plantear medidas alternativas al encarcelamiento en delitos relacionados con drogas. Sin embargo, pese a que ya han transcurrido más de 20 años desde el pronunciamiento de la Corte Constitucional con la sentencia C-221 de 1994, la política colombiana no se ha definido por una implementación coherente en la materia y prueba de ello, es el ya mencionado acto legislativo 002 de 2009 con el cual se modificó el artículo 49 de la Constitución Política Colombiana, en aras de desmotar nuevamente la despenalización del consumo, cual generó todo el vaivén normativo y jurisprudencial ya mencionado.

Dentro de los desarrollos jurisprudenciales que se le han dado a la figura de la dosis personal y su despenalización, se rescatan las providencias de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, en donde tocan temas como la antijuridicidad material, el derecho a la dosis personal y el derecho a

la dosis de aprovisionamiento, argumentos que sustentan decisiones diferentes a la sanción penal y que eventualmente sustentarían también una tendencia hacía medidas alternativas al encarcelamiento, reconociéndose el consumo, no como un problema penal sino social. (Véase Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. SP 15519-2014 (rad 42617); SP 11726-2014 (rad 33409) y la reciente SP 2940-2016 (rad 41760)).

En este punto resulta interesante observar los efectos que en la práctica jurídica, han dejado los pronunciamientos proferidos, tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia, con los cuales se han fundamentado la utilización de figuras jurídicas como la preclusión de la investigación y el archivo de las diligencias, así como la existencia de otras figuras procesales como el principio de oportunidad y los subrogados penales, para de allí identificar que figuras guardan relación con el principio de necesidad como límite al *ius puniendi*.

Sin hacer mayor extensión al respecto sobre el tema, por no ser el núcleo temático del trabajo, se deberá señalar que el principio de oportunidad, fue una figura

procesal reciente en nuestro país, incorporada inicialmente en la constitución por medio del acto legislativo 003 del 2002, con el cual se le dio cabida al sistema acusatorio en el país, y luego desarrollada en los artículos 321 y siguientes del código de procedimiento penal así como en las resoluciones de la Fiscalía General de la Nación, 0-6657, 0-6658 de Diciembre 30 de 2004 y 3884 de 2009 y 692 de 2012, cuya finalidad es ser una excepción al principio de legalidad, en virtud del cual, si bien la fiscalía está obligada a perseguir e investigar las conductas constitutivas de delitos, bien puede por criterios de política criminal, suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, por lo que ha sido catalogado como una salida alterna en el proceso penal. (Ospina. 2013; 211).

En este orden de ideas, la ley establece un catálogo de causales por las cuales es susceptible de solicitarse la aplicación de dicho principio en sus diversas variantes, y debido a ello se señala que es un principio más reglado que discrecional, pero al referirse al caso concreto de los delitos relacionados con drogas, señala que solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del artículo

324 del Código de Procedimiento Penal, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas y dichas causales se refieren a colaboración eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada y a colaboración como testigo de cargo contra otros acusados.

En vista de ello la aplicación de esta figura de alternatividad penal, ha sido mínima por no decir que nula, frente a los delitos relacionados con drogas, al punto que no existe registro de tal aplicación en el sistema penal acusatorio para delitos relacionados con drogas.

Adicional al principio de oportunidad, los subrogados penales pueden ser otra solución alterna a la pena de prisión, más sin embargo como se ha venido mencionando, con la expedición de la ley 1709 de 2014, se prohibió la aplicación de subrogados penales y beneficios judiciales y administrativos para los delitos relacionados con drogas ya que el artículo 68^a de la ley 599 de 2000 modificado por el artículo 32 de la ley 1709 de 2014, establece que no se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena (regulada en el

artículo 63); la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión (artículo 38); ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, como podrían serlo la sustitución de la ejecución de la pena (artículo 461 del Código de procedimiento penal) o los permisos administrativos penitenciarios de 72 horas (artículo 147 ley 65 de 1993), a quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones.

Por otro lado, están las figuras del archivo de las diligencias y la preclusión como formas anticipadas de terminación del proceso penal, en donde el común denominador para lo que nos interesa, es la observancia de la tipicidad de la conducta, en respeto de principios limitadores de la acción penal, como bien pueden ser el principio de lesividad y el principio de acto o incluso el principio de legalidad o el de estricta tipicidad, por lo que no se profundizará al respecto.

Hasta el momento, se puede afirmar que en Colombia, hay una clara tendencia prohibicionista frente al problema de las drogas, que se combate con el derecho penal y la pena como sanción y método de control. Incluso se ha

podido observar como la actual legislación procedimental, impide la aplicación de subrogados penales, beneficios judiciales y administrativos, a personas condenadas por este tipo de conductas.

Aunque por otro lado, también puede observarse como la tendencia jurisprudencial y algunos recientes avances legislativos como la ley 1566 de 2012, intentan abarcar la problemática, desde una perspectiva diferente a la penal.

Sin embargo, frente al tema de política de drogas, no ha existido cambio en dicha postura prohibicionista y mucho menos se tiene antecedente legislativo alguno sobre la aplicación en el país de medidas alternativas al encarcelamiento para este tipo de conductas.

Si bien existen antecedentes de búsqueda de penas alternativas, dentro del marco de una justicia transicional, como pueden ser la leyes 418 de 1997 y 975 de 2005, las mismas no se constituyen en un referente normativo aplicable al caso.

Pese a ello, un aporte importante que realiza la ley 975 de 2005, ley de justicia y paz, que hizo parte del componente normativo necesario para implementar una justicia transicional que

buscaba penas alternativas a los actores del conflicto, más sin embargo no era precisamente para conductas relacionadas con drogas, fue el artículo tercero, que al definir el concepto de alternatividad, señaló:

“Alternatividad. Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley”.

Nótese como fines superiores como la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación de las víctimas y la resocialización, fueron los parámetros del legislador para prescindir de la pena de prisión en ciertos asuntos, en una clara aplicación del principio de necesidad, buscando sanciones alternativas a la pena de prisión.

Otro antecedente en la búsqueda de penas alternativas o alternatividad penal en Colombia, fue la ley 415 de 1997 por la cual se consagran normas de alternatividad en la legislación penal y penitenciaria y se dictan otras disposiciones tendientes a descongestionar los establecimientos carcelarios del país, declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-592 de 1998 y reglamentada por el decreto 3000 de 1997, conocida como la ley de alternatividad penal. Dicha ley efectivamente potencializa el uso de medidas alternativas a la prisión como la libertad condicional, más sin embargo el mismo artículo primero de dicha ley establece que tal normatividad alternativa, no es aplicable para los delitos dolosos previstos en la ley 30 de 1986, es decir todos los que se referían a conductas relacionadas con drogas.

Sin embargo, existe un antecedente muy importante que aunque no alcanzo a ser ley, sí intento abarcar el tema de la política de drogas, ya no desde la prohibición y sanción penal, sino desde la óptica de la legalización como una mirada alternativa. El proyecto de ley número 84 de 2001 senado publicado en la Gaceta Judicial del Congreso número 419 de 2001, por medio de la cual se implementa

una nueva política para la lucha contra las drogas, se regula la producción, distribución y consumo de sustancias psicoactivas en Colombia, se responsabiliza al Estado de la atención a los adictos y se establecen mecanismos para la puesta en marcha de estas medidas, fue una propuesta legislativa de la entonces congresista Viviane Morales en el año 2001, con la cual se intentó no solo la despenalización de la mayoría de conductas relacionadas con drogas, sino se trató de legalizar todo lo referente a las conductas relacionadas con drogas, bajo la idea del fracaso en el país de una política prohibicionista a ultranza.

Incluso también podría traerse como antecedente legislativo a la búsqueda de soluciones alternativas a la pena de prisión para delitos relacionados con drogas, las leyes 745 del 2002 y la 1153 de 2007 que establecían sanciones administrativas y pecuniarias, a ciertas conductas relacionadas con drogas, constituyéndose en leyes importantes a efectos de buscar alternatividad penal para este tipo de conductas. Sin embargo ambas leyes fueron declaradas inconstitucionales (la ley 745 de forma parcial), por parte de las sentencias C-101 de 2004 y la C-879 de

2008, respectivamente, por asuntos de fondo, más que de forma

Como se puede observar, no hay un antecedente legislativo claro sobre alternatividad penal en materia de drogas, por lo que hoy en día la discusión que se ha generado al interior de organizaciones como la OEA, es la búsqueda de este tipo de medidas alternativas, llegándose a proponer medidas pre procesales, procesales y post procesales (ver: Colombia, Ministerio de Justicia, Informe Técnico sobre Medidas Alternativas al Encarcelamiento), pero mientras no se desmonten las prohibiciones señaladas en la legislación, que imposibilitan beneficios judiciales y administrativos y mientras no se desmonte la sanción penal para la mayoría de conductas relacionadas con drogas, ello no sería posible.

Hay que tener claro que se está hablando de medidas alternativas a la pena de prisión y no solamente de penas alternativas, ya que se está pensando en cómo solucionar alternativamente, antes, durante y después del proceso penal, las conductas relacionadas con drogas, lo que supone que no siempre se estaría hablando de penas de prisión alternativas, dejando abierta la posibilidad para otras soluciones

que nada tengan que ver con el ámbito penal, como lo serían las sanciones administrativas, la despenalización o la legalización.

Por lo anterior, es que la propuesta y el resultado investigativo al que se espera llegar, es poder fundamentar teoría, práctica y jurídicamente la necesidad de replantear la política en materia de drogas que permita la aplicación de medidas alternas dentro del proceso penal y particularmente a la pena de prisión así como evidenciar los posibles efectos de la implementación de tal política alternativa, como el posible descenso de índices de hacinamiento y el desincentivo financiero a bandas criminales urbanas, lo que se compadecería con postulados básicos de nuestro Estado social y democrático de derecho, como el principio de necesidad de la pena y mínima intervención penal, la dignidad humana, el ejercicio del derecho a la libre personalidad, entre otros.

Análisis del principio de necesidad en la doctrina y jurisprudencia. Principio de necesidad como criterio para la individualización de la pena y como límite a la actividad legislativa en temas de drogas.

El origen del presente escrito se dio debido a la crítica generada por el informe final de la comisión asesora de política criminal, en cuanto la legislación actual en materia penal, pasa por alto diversos principios jurídicos en las distintas categorías de criminalización, particularmente el principio de necesidad como principio orientador de la criminalización primaria (Comisión Política Criminal. 2012, 20).

Por ello se dedica un espacio especial para el análisis del dicho principio de necesidad, diferenciándolo como límite al *ius puniendi* y como criterio al momento de la imposición de la pena, en donde también se distingue entre merecimiento y necesidad de punición.

El concepto del principio de necesidad ha sido entendido desde la doctrina española como la importancia de que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad

para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. (Bernal Pulido. 2003, 734).

El principio de necesidad, también llamado principio de indispensabilidad³, es uno de los elementos del principio de proporcionalidad en sentido amplio, de ahí que se le dé por parte de algunos, la categoría de subprincipio y no de principio (2003, 735).

De igual manera el profesor Fernando Velásquez, entiende al principio de necesidad de la pena, como parte fundamental del principio de proporcionalidad en sentido amplio o abstracto, compuesto además, por el principio de idoneidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, el primero referido a que las medidas o penas sean adecuadas mientras que el segundo se refiere a que la pena guarde proporción con la conducta cometida, su grado de afectación al bien jurídico y el grado de culpabilidad de la misma. (2014, 76).

En todo caso el postulado de necesidad así planteado, según Bernal Pulido, supone un ejercicio de

³ Al respecto véase G.Jakobs. *Der verhältnismässigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner geltung im atomrecht.* Tesis presentada en la Universidad de Colonia, 1985.

Igualmente Bedoya Bedoya, Cesar Augusto y Delgado Builes, Francisco Antonio, en *Control de Garantías y Principio de Proporcionalidad en el sistema penal acusatorio.* 2007 Pág. 44.

comparación entre los medios establecidos por el legislador para la consecución del fin y los medios alternativos existentes, de manera que se debe determinar si alguno de dichos medios alternativos cumple las siguientes exigencias: (i) verificar que la medida alternativa tenga al menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para alcanzar el objetivo inmediato de esta y (ii) que afecte en un grado menor el derecho fundamental que se pretende limitar.

Para Bernal Pulido, si existe alguna medida alternativa que cumpla con dichas exigencias, la medida legislativa deberá ser declarada inconstitucional.

En nuestro sistema judicial hay ejemplos palpables de tal posición como en la sentencia de tutela 401 de 1992, que con base a la figura de la excepción de inconstitucionalidad, considero contraria a la constitución la prolongación indefinida de las medidas de seguridad para los inimputables o por ejemplo, la sentencia de constitucionalidad 365 de 2012 que declaró inconstitucional el parágrafo del artículo 447^a del código penal colombiano.

Ese ejercicio de comparación entre una y otra solución jurídica a un problema debe partir del presupuesto, según el

doctrinante colombiano Collazos Aguado (2003, 69) de delimitar criterios comparables para poder sustituir las medidas restrictivas en exceso con las opciones menos graves, siendo tales parámetros: (i) la legitimidad del fin perseguido y (ii) la idoneidad de la medida para alcanzarlo.

Nótese que el principio de necesidad también exige hacer un análisis de idoneidad de esas medidas alternativas que se puedan tener en cuenta, para la solución de un problema, de manera menos gravosa a los derechos fundamentales.

Precisamente ese propósito del principio de necesidad, de llegar a escoger el medio menos lesivo, y que además sea idóneo a la finalidad, es lo que llevaría al juez en el proceso de la individualización de la pena, según Collazos Aguado (2003, 68), a considerar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la detención domiciliaria y en algunos casos a prescindir de la pena.

Sin embargo en este punto cobra vital importancia la diferencia que existe entre el principio de necesidad como límite al *ius puniendi* en la libertad de configuración normativa del legislador y

como principio propio de las sanciones penales, el cual, junto al principio de proporcionalidad y razonabilidad, viene establecido como parámetro judicial, tanto por el artículo 3 como por el artículo 61 del código penal. Sobre este tema se ahondará más adelante.

Por ahora lo que vale recalcar son esas exigencias que conlleva la aplicación del postulado de necesidad (ya bien sea necesidad de la pena, o como necesidad de intervención del derecho penal por parte del legislador), exigencias que implican, según Bernal Pulido (2003, 738), el análisis de *idoneidad equivalente* o mayor de los medios alternativos y la búsqueda de un medio más benigno con el derecho fundamental afectado.

Para el mencionado autor (2003, 740), esa idoneidad del medio alternativo con el fin buscado por el legislador debe darse por lo menos en las perspectivas de eficacia, temporalidad, realización del fin y probabilidad, para que pueda decirse que una medida supere el análisis de necesidad.

En todo caso la relación de comparación de idoneidad de una medida, frente al fin que se busca, deberá tener en cuenta los fines de la pena, ya que son

estos los que en últimas sustentan el uso del derecho penal y de la pena de prisión particularmente, por lo que en el análisis del principio de necesidad, al momento de verificar si la medida es idónea acorde con el fin buscado, deberá pensarse en los fines de la pena, como los fines que se buscan con la medida.

Sin embargo, el que una medida sea más idónea que otra, no es suficiente para concluir que esta sea innecesaria, sino que además de la idoneidad deberá concurrir como condición que dicha medida alternativa, intervenga con menor intensidad el derecho fundamental afectado.

Por ello Collazos Aguado (2003, 70) al hablar de la idoneidad de una medida alternativa con relación al fin que busca la norma, como elementos propios del juicio de necesidad, concluye que encarcelar a los fármaco-dependientes es más difícil que enviarlos a centros especiales donde se puede lograr la desintoxicación de la persona y su rehabilitación social, lo que llevaría a pensar en la innecesidad de que la norma penal prohíba la aplicación de subrogados penales a delitos relacionados con drogas, si se comprueba la existencia de medios

alternativos igualmente idóneos y que afecten en menor medida los derechos fundamentales intervenidos.

Lo anterior denota que no solo se busca que la medida alternativa sea idónea sino que afecte en menor medida el derecho fundamental intervenido, que son en esencia los requisitos del juicio de necesidad.

La importancia de la necesidad como principio de la pena (tanto de su creación como su aplicación), viene dada incluso desde la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano que en su artículo octavo señala que la ley no debe establecer otras penas que las estricta y manifiestamente *necesarias*.

De igual manera en la clásica obra de Cesar Beccaria, *Delos Delitos y las Penas*, se concluía que “para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, *necesaria*, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes”.

Para el profesor Carrasquilla (1988, 396) la consagración del principio de necesidad, supone que el “fundamento

o razón de ser de la pena no es otro que la necesidad sociopolítica de la defensa justa de un orden y la garantía de las condiciones mínimas de la existencia social pacífica por medio de la tutela de los bienes jurídicos indispensables para ello. Pero la pena nunca se impone, en un estado democrático de derecho, por encima de las necesidades de protección de bienes jurídicos ni por fuera del marco subjetivo de la culpabilidad (merecimiento en la medida de la evitabilidad y exigibilidad)”.

Para el profesor Fernando Velásquez el principio de necesidad, entendido también como principio de necesidad de la pena o de mínima intervención, hace parte de los límites materiales al ejercicio del *ius puniendi* (2014; 45), el cual por un lado, obliga al legislador a observar la máxima economía de que se disponga a la hora de configurar los delitos en la ley y por otro lado, conmina al juez a utilizar las consecuencias jurídicas imponibles (pena o medida de seguridad) solo cuando ello sea indispensable contando con mecanismos sustitutivos que alivianen el rigor de la sanción penal. Además, invita a escoger entre las distintas medidas a tomar, la menos lesiva de los derechos fundamentales del procesado, lo que

supone comparar las medidas idóneas para escoger la menos lesiva (2014, 83), buscando la protección de los bienes jurídicos

El anterior concepto nos adentra ya en una de las primeras distinciones que se pueden hacer en el principio de necesidad: el principio de necesidad como límite a la libertad de configuración legislativa en materia de *ius puniendi*, y el principio de necesidad de aplicación y ejecución de la pena.

Tanto para el legislador, como para el juez, cada cual al momento de realizar su respectiva labor, ya bien sea en la creación o en la aplicación de la norma, deberá tener en cuenta los postulados del principio de necesidad.

Al respecto se ha señalado (Ferré Olivé. Et Al. 2010, 89 - 594), la existencia de tres momentos en los que el análisis de los fines y funciones de la pena deben hacerse por separado, siendo un primer momento el legislativo en donde la creación legislativa o amenaza pena deberá corresponder a distintos límites de su actividad, entre ellos el principio de necesidad; un segundo momento que es el judicial, referido al momento de individualización judicial de la pena que

debe tener como imprescindible correctivo el principio de proporcionalidad el cual comprende a su vez el principio de necesidad; y un tercer momento de ejecución penal.

Es decir, debe valorarse la necesidad de la pena como componente del principio de proporcionalidad, tanto al momento de la creación de la norma, como al momento de su aplicación.

Para el legislador, el principio de necesidad deviene en un límite para su actividad legislativa. El desarrollo de este principio, viene ligado a la estructura propia del Estado, siendo que irá encaminado a proteger aquellas conductas que se consideren más lesivas, según la concepción propia que tenga el Estado frente a los diversos bienes jurídicos existentes, con lo cual se constitucionaliza el derecho penal, dentro de lo que debería ser el marco de la política criminal del país. (Córdoba; et al. 2006). Es decir, como lo expresa el profesor Nodier Agudelo (1994, 15), existe una íntima

relación entre el modelo de Estado y el derecho penal⁴.

Es así que se pueden observar casos en los que en algunos países ciertas conductas son penalmente reprochables, mientras que en otros no lo son, atendiendo a sus bases propias del Estado, en donde de manera particular, el Estado colombiano, desde su Constitución Política, pregona por ser un Estado social y democrático de derecho, lo que significa la prevalencia de la dignidad humana y demás derechos fundamentales del hombre, razones incluso por las cuales, se declaró constitucionalmente válido el consumo de la dosis mínima en el país, por medio de la sentencia C- 221 de 1994, pensamientos replicados incluso recientemente en las sentencias C-574 de 2011 y la C-491 de 2012, así como en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, referidas a la dosis de aprovisionamiento.

Como se dijo, en el caso Colombiano, el artículo primero constitucional, señala que es principio fundamental, dentro de un Estado Social de Derecho como lo es Colombia, el respeto por la dignidad humana y ello

implica el reconocimiento de dichos límites al *ius puniendi* y a la facultad legislativa del congreso en materia penal.

Tales límites al *ius puniendi*, bien pueden atender a controles al contenido mismo del poder punitivo para lo cual hablaremos de límites materiales, o de límites formales que se refieren al ejercicio mismo de ese poder punitivo, es decir, la forma como se ejerce esa facultad sancionadora. (Velázquez, 131).

Allí se puede evidenciar la relación del principio de necesidad, con otros principios que también fungen como límites a la actividad punitiva, como el principio de lesividad y el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal ya que, en palabras del profesor

Carrasquilla, citando a Roxin: “la imposición de una pena solo está justificada allí donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insoportable la coexistencia, libre y pacífica, de los ciudadanos y no sean adecuadas para impedirlo otras medidas jurídicas y político-sociales menos radicales”. (2011, 256).

⁴ En este sentido, puede leerse Casas Maldonado. Martha Aurora. Reflexiones sobre los fundamentos constitucionales del derecho penal

colombiano. En Temas fundamentales del derecho penal general. Ed Universidad Libre. 2010. Página 11.

Para el profesor de la Universidad de Medellín, Posada Arboleda (2010, 337), no solo existe una relación entre los mencionados principios sino además, sostiene que del principio de necesidad se derivan principios tales como el *principio de subsidiariedad* ya que el derecho penal debe ser la última ratio, teniendo presente que éste deja de ser necesario cuando se pueden conseguir los mismo fines con otros medios menos severos y lesivos⁵; y el principio de carácter fragmentario, en virtud del cual el derecho penal no debe sancionar conductas inocuas o que no causen daños a derechos ajenos.⁶

En concordancia con lo anterior, para bustos Ramírez (1989) el postulado de la necesidad de intervención significa que la injerencia penal del Estado solo se justifica cuando ella es imprescindible para el mantenimiento de su organización política, dentro de los marcos propios de una concepción democrática; todo lo que vaya más allá de dicho confín –sea porque el bien jurídico pueda ser tutelado por otro mecanismo menos gravoso, o porque no requiera tutela alguna –encauza esa injerencia por las vías autoritarias y

termina, de manera inexorable, en la supresión de los fundamentos democráticos del Estado.

A su vez, Ferrajoli, en cita del profesor Velásquez considera que la intervención punitiva “es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos. El principio de necesidad exige que se recurra a ella solo como remedio extremo”... “si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos, y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su <<absoluta necesidad>> son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias”. (Velásquez. 2014. 44).

De los anteriores aportes se rescatan dos ideas que sintetizan dicha relación: (i) no todo delito o conducta criminal, es merecedora de pena, la cual debe entrar en acción frente al defecto de otros medios de control y (ii) el derecho penal no se encarga de crear bienes jurídicos, sino de su protección, la cual como ya se dijo, viene directamente

⁵ Al respecto Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General, Sexta Ed. Ed. Reppertor. Barcelona 2002. Pág. 65.

⁶ Como complemento, puede leerse Gómez López, Jesús Orlando. Tratado de derecho penal. Tomo II Bogotá. Ed Doctrina y Ley. 2001. Pág. 199.

emanada de la constitucionalización del derecho penal.

Puede observarse que en variados desarrollos jurisprudenciales por parte de la Corte Constitucional, se ha señalado que sí Colombia es un Estado Social de Derecho que respeta la dignidad humana, ello implica el reconocimiento de una serie de principios y valores, que para lo que nos interesa en materia penal, presupone el reconocimiento del principio de necesidad.

Ejemplo de lo anterior encontramos la sentencia de constitucionalidad 070 de 1996 que señaló: “en el ejercicio de la facultad punitiva del estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo... En materia penal, la potestad legislativa de tipificación está sometida al control constitucional de las medidas, según la aptitud para la protección del bien jurídico tutelado, la necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos

igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad”

Así lo sostuvo en la sentencia de constitucionalidad 022 de 1996, en donde afirmó que: “El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”.

De igual manera la sentencia de constitucionalidad 939 de 2002, señaló que “en un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana y en la libertad y autonomía de las personas (CP arts 1º, 5º y 16) resulta desproporcionado que el legislador opte por el derecho penal para amparar bienes jurídicos de menor jerarquía que la libertad y autonomía personales”.

Incluso, dentro de esos principios y valores que debe respetar el Estado y la ley, al ser un Estado Social de Derecho que respeta la dignidad humana, se encuentra no solo el principio de necesidad, sino el de razonabilidad y proporcionalidad, en virtud de los cuales la intervención del derecho penal en la sociedad, no solo debe ser necesaria como última vía de acción, sino que debe ser adecuada e idónea, frente al fin perseguido, por lo que el derecho penal debe ser la última alternativa frente a un hecho social.

La misma sentencia C- 939 de 2002, se refiere al respecto y señala que: “como consecuencia ineluctable de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es claro que existen comportamientos, que por no afectar ningún bien jurídico de importancia, se encuentran excluidos del poder punitivo del Estado. Como se explicó en aparte anterior, la razón de estos límites materiales al derecho penal es que éste implica una afectación muy intensa de la libertad de las personas, por lo cual, sólo se justifica su presencia cuando se trate de amparar bienes jurídicos de mayor trascendencia que la propia libertad”.

Efectivamente sobre esas facultades legislativas del congreso en materia penal y sus respectivos límites, ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-592 de 1998 que: “el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”.

Como ya se había mencionado, otro ejemplo de la aplicación del principio de necesidad en la actividad legislativa, puede encontrarse en la sentencia de constitucionalidad 365 de 2012, que resolvió la inexequibilidad del parágrafo del artículo 447^a del código penal.

Parte de la argumentación del máximo tribunal constitucional colombiano para considerar inconstitucional dicha norma, fue que esta no cumplía con el principio de necesidad, ya que no desarrollaba el carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio del derecho penal, recordándonos una vez más la relación que hay entre este principio y otros como el de lesividad y ultima ratio del derecho penal, que también constituyen límites al ius puniendi.

Y precisamente la Corte adopta esta decisión al observar que existen medios igual de idóneos y menos lesivos para los derechos fundamentales en pugna, lo que se traduce en un análisis del principio de necesidad bajo los postulados expuestos previamente, es decir, la existencia de medidas alternas igualmente idóneas y que afecten en grado menor los derechos fundamentales comprometidos.

Por otra parte, para el juez penal, igualmente el principio de necesidad es un límite en la aplicación de la ley, o como lo señala el código, un principio al que se debe sujetar en la imposición de la pena o medida de seguridad.

En virtud del artículo tercero del código de procedimiento penal, la

imposición de la pena o medida de seguridad debe responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Además señala la norma que el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme las instituciones que lo desarrollan.

Cómo puede observarse, cuando se trata del principio de necesidad como parámetro judicial para la imposición de la pena o medida de seguridad, se encuentra una limitante, que consiste en que dicho principio debe entenderse en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan, aspecto que ha sido criticado por no tener sustento constitucional alguno, al constituir una limitación legal injustificada de principios constitucionales (Cote-Barco. 2007, 195).

Así las cosas, la doctrina ha identificado escenarios en los que se le permitiría al juez la aplicación del principio de necesidad, en virtud de la limitación consagrada en el inciso segundo del artículo tercero del código penal.

Cote Barco (2007, 194) ha señalado que sería posible para el juez acudir al principio de necesidad en los casos de (i) individualización de la pena según el artículo 61 del código penal; (ii)

para conceder el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena según el artículo 63 del código penal ; (iii) en los casos de delitos culposos cuyas consecuencias hayan alcanzado únicamente al autor o alguno de sus parientes según el artículo 34 del código penal: y (iv) en los casos de aborto del artículo 124, obviamente antes de la sentencia que lo despenaliza en determinados casos.

De igual manera, Collazos Aguado (2003, 72) señala que la limitante del inciso segundo del artículo tercero del código penal, permite la aplicación del principio de necesidad en el marco de la prevención (general o especial se pregunta el doctrinante), y solo en el marco de las instituciones que la desarrolla, como bien pueden ser en los eventos de los artículos 34, 124 e incluso en el evento del artículo 56 del código penal y en los subrogados penales. Incluso señala que (2003, 74) desde el punto de vista de los principios constitucionales, los principios de las sanciones penales, tiene un rango de aplicación mucho más amplio que en los casos referidos, teniendo incluso la posibilidad el juez penal de aplicar la excepción de inconstitucionalidad de tal

limitante tal como lo referido en la sentencia de tutela 401 de 1992.

En todo caso, ambos doctrinantes coinciden en la inconstitucionalidad e inconveniencia de la limitación legal que hace el inciso segundo del artículo tercero del código penal, de un principio de rango constitucional como lo es el principio de necesidad.

Sin embargo los anteriores casos constituyen ejemplos de cuando, a pesar de que el legislador ha considerado de manera abstracta una conducta como delito y el juez ha confirmado en el caso concreto su tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, la conducta pese a ser delictiva y necesitar pena, no es merecedora de la misma, por considerarla innecesaria. (Posada Arboleda. 2010, 338).

Por otro lado dicho inciso se refiere a la prevención como límite a la aplicación del principio de necesidad, lo que lleva la discusión al artículo cuarto del código penal que al señalar las funciones de la pena, establece entre ellas, la prevención especial y la prevención general.

Para Collazos, (2003, 71) mientras la prevención general se da al momento de la imposición de la pena con efectos

didácticos de motivación socio-pedagógica en la comunidad, de confianza en la efectividad de la norma y de satisfacción de la conciencia jurídica general con el castigo infligido al autor, la prevención especial por su parte, se da cuando la misma se ejecuta, por lo que señala, con fundamento en Roxin, que hay dos instantes valorativos de la pena: el primero de merecimiento de la pena, cuando una conducta es típica, antijurídica y culpable (aunque el autor prefiere hablar de posibilidad de punición) y el segundo instante valorativo que hace referencia al aspecto teleológico o de necesidad de la pena, que supone una necesidad preventiva de punición.

Efectivamente, como también lo señala Ferré Olvié, Nuñez paz y Ramirez Barbosa (2010, 594) una vez la conducta supere los análisis de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, llegaremos a una sanción penal *merecida y necesaria*, entendiendo esa necesidad como uno de los instantes valorativos del principio de necesidad, respecto de la necesidad de sanción penal, dejando al margen la necesidad de punición con una medida de prisión, aspecto sobre el que también podrán darse los respectivos análisis de idoneidad del medio alternativo y

afectación al derecho fundamental intervenido con relación al fin de la pena misma.

En el mismo sentido Falla Sánchez (2015, 17), considera que la prevención general se da en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, mientras que la prevención especial se da con la imposición concreta de la pena al sujeto activo del delito.

Para el autor, la imposición de una pena innecesaria, genera efectos sociales contrarios, porque el mensaje es de represión, desespero y desconfianza en la conciencia jurídica.

Para más claridad sobre el concepto del principio de necesidad entendido como *merecimiento de la pena*, el profesor Posada Arboleda (2010, 336), citando a Hassemer, sostiene que el bien jurídico no es por si solo criterio suficiente para limitar el poder punitivo del Estado y en tal virtud “el criterio de merecimiento de pena, es decir, del juicio de si un comportamiento concreto que afecta un determinado bien jurídico debe, por la gravedad del ataque, por la propia importancia del bien jurídico, etc., ser sancionado penalmente. En esta decisión el legislador se guía no solo por criterios

de justicia, sino también de oportunidad y de utilidad social”.⁷

Como se observa, el inciso segundo del artículo tercero, que limita la aplicación del principio de necesidad, es considerado por los referidos autores, como inconstitucional, pero aun así son coincidentes en señalar que se permite la aplicación del principio de necesidad por parte del juez, tanto al momento de la individualización de la pena, como de la concesión de los subrogados penales, particularmente la suspensión condicional de la pena.

Ahora, frente a la búsqueda de salidas alternas al proceso penal para delitos relacionados con drogas, al observarse el contenido del artículo 68^a de la ley 599 de 2000, no se permite la concesión de subrogados penales de manera expresa para delitos relacionados con drogas, lo que en contraste con lo acá expuesto frente al principio de necesidad, evidencia la posible inconstitucionalidad de dicha norma frente al a este principio.

Incluso viendo un poco más allá, cuando el código de procedimiento penal, limita la aplicación del principio de

oportunidad, como salida alterna que es, solo en los casos contemplados en las causales cuarta y quinta del artículo 324 de dicha codificación, deja por fuera la posibilidad de poder usar esa medida alternativa en otros casos en los que previo el análisis de idoneidad, alternatividad y menor lesividad, junto con los de gravedad de la conducta y afectación al bien jurídico, se pueda concluir en innecesaria la intervención penal por medio de la pena de prisión.

Posteriormente nos referiremos a la figura del principio de oportunidad, pero baste con señalar por ahora, como lo concluye el profesor Posada Arboleda (2010, 338) que la materialización por excelencia del principio de necesidad de las sanciones penales se ve en la consagración del principio de oportunidad, en donde, pese existir fundamento para adelantar la persecución penal, hay eventos en los que por razones de política criminal, se renuncie, suspenda o interrumpa su persecución.

Desatender criterios fundamentales como el de la necesidad de la pena, en los términos expuestos, conlleva a efectos

⁷ Cfr. Muñoz Conde, Francisco. Y García Arán, Mercedes. Derecho penal: parte general segunda

edición. Valencia Ed. Tirant lo Blanch. 1996. Página 89.

contrarios, como los ya mencionados líneas arriba por parte de la comisión asesora de política criminal, en donde acudir a la pena de prisión como medio para sancionar todo tipo de conducta, deslegitima su intervención.

La deslegitimación del derecho penal para su uso, ha sido identificada como una de las causas de la actual crisis de las prisiones, particularmente en América y el Caribe, en donde se ha recomendado, acorde con los postulados de necesidad de la pena, dosis prudentes de verdadera justicia penal, realmente justa que promueva la conciliación y también severa en los casos que corresponda, lo que se traduce en un uso también prudente de la prisión, la cual debe ir ajustada al modelo de derechos y obligaciones de la Naciones Unidas (Carranza. Et al. 2009; 121).

Así pues nace la propuesta de la alternatividad penal, como una concepción diferente para la aplicación del derecho penal, que bien podría tener su sustento en el principio de necesidad de la pena, toda vez que el deterioro que ejerce la prisión sobre las personas que son objeto de ella, así como la repercusión del hecho del encarcelamiento en los familiares y

allegados al preso, junto con los resultados negativos que se replican sobre la comunidad, e incluso el alto costo que puede tener para un Estado la manutención de un preso, se constituyen en razones para pensar en reducir el uso de la prisión. (Carranza. 1992; 2).

Por lo mismo, la propuesta de la alternatividad penal, nos invita a racionalizar el uso del derecho penal, llevando a la sociedad a dejar de depender del proceso de justicia penal para solucionar todos sus males, haciendo una distinción entre castigar criminales, proteger al público y prevenir la delincuencia. (Coyle. 2009; 131), o en palabras del profesor Jesús Antonio Muñoz (1993) no se trata de un planteamiento abolicionista de la institución carcelaria, pero si una drástica reducción, para los pocos eventos en que ella se haga necesario.

La deslegitimación de la prisión generada por el uso indiscriminado del derecho penal, en desatención a criterios de necesidad de la pena, se ha constituido en una forma de control social de la delincuencia que basa su eficacia en el uso intensificado de la pena, es decir, entre

más gravosa la pena, más efectiva la sanción penal.

Sin embargo, hay pocas pruebas en el mundo de que haya una relación entre las altas tasas de encarcelamiento y las bajas tasas de delincuencia, siendo en vez de ello, que usualmente se observa lo contrario, ya que las altas tasas de encarcelamiento son frecuentemente un indicador de la ruptura de valores sociales en la comunidad. (2009; 132).

Por lo mismo, si se toman algunos aspectos de la realidad colombiana, como el fenómeno del crecimiento del hacinamiento carcelario, el aumento del número de consumidores jóvenes y del fenómeno del micro-tráfico como principal fuente de ingreso de bandas criminales, entre otros sucesos, se reafirma la conveniencia de implementar las medidas que ya desde la órbita supranacional y nacional se vienen contemplado como alternativas a la pena de prisión en los delitos relacionados con drogas, lo que exige un replanteamiento del principio de necesidad del derecho penal en este tipo de conductas.

Ahora, como se mencionó, la implementación de alguna política en materia de drogas, debe ir de la mano con

lo establecido normativamente a nivel nacional, siendo así que la primera frontera que delimitaría el uso de una u otra política, es el derecho constitucional, desde el cual se han obtenido los argumentos para dar avances importantes hacia un pensamiento más liberal, como la despenalización del consumo con la ya citada sentencia c 221 de 1994.

Además, puede verse que con cada uno de los desarrollos jurisprudenciales con los que se ha venido solventando temas tan sensibles como la dosis personal o la dosis de aprovisionamiento, se constituyen pasos importantes, pero no definitivos hacia un replanteamiento de la política criminal para este tipo de conductas.

En efecto con pronunciamientos como los realizados por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, entre otros, SP 15519-2014 (rad 42617); SP 11726-2014 (rad 33409), con los que busca darle un enfoque al tema de las drogas, desde una perspectiva de salud pública y no penal, se envía el claro mensaje al gobierno y en particular al legislador, sobre la importancia de replantear la política criminal para estas conductas.

Es por ello que se ha llegado a concluir (Uprimny. Et Al. 2013, 125) que las legislaciones en materia penal para asuntos relacionados con drogas, en la mayoría de los casos, no solo resulta desproporcionada, sino innecesaria, al evidenciarse que políticas de reducción del daño, generan menores afectaciones a los derechos humanos que el derecho penal.

Discusión actual respecto de la búsqueda de salidas alternativas a la pena de prisión para delitos relacionados con drogas: el fracaso del prohibicionismo.

Como se ha podido observar hasta el momento, la tendencia normativa en el país ha sido encaminada hacia la sanción punitiva para la mayoría de conductas relacionadas con drogas, en donde han primado el incremento de penas, la creación de delitos y las prohibiciones para acceder, en este tipo de conductas, a subrogados penales, por expresa prohibición de la ley, limitando o casi extinguiendo la posibilidad de alternativas diferentes a la pena.

Ello por su puesto, fomentando las altas tasas de hacinamiento carcelario por este tipo de conductas, como el incentivo económico para grupos delincuenciales

urbanos quienes ven en el micro tráfico, una de las mayores fuentes económicas, entre otros efectos, que han puesto en tela de juicio la política prohibicionista en el país, así como el cumplimiento de las funciones que le son asignadas a la pena por parte de la legislación penal.

Producto de este panorama, es que se ha venido pensando no solo ya en los efectos de la lucha contra las drogas y sus implicaciones o efectos colaterales negativos, sino que también ha sido objeto de estudio el pensar en formas diferentes de enfrentar, no solo ya desde la perspectiva penal, el asunto de las drogas.

En esta discusión sobre la conveniencia de buscar salidas alternas a los delitos relacionados con drogas, o en general de replantear lo que se ha denominado como lucha contra las drogas, se ha iniciado por identificar cual ha sido el fundamento teórico para pensar en prohibición y en legalización o despenalización, lo que ha llevado a que si bien se tiene claro que deben replantearse las política antidrogas, aún no hay consenso respecto de cómo deban ser abordadas.

Sin embargo y a modo de colofón, se expondrán algunos de los más recientes

trabajos sobre la materia en los cuales podremos identificar el consenso que existe en la academia sobre el tema, así como los retos que implica generalizar sobre la búsqueda de salidas alternas a las conductas relacionadas con drogas, lo que nos permitirá finalmente plantear, cuál debe ser la postura que debe tomarse para fundamentar adecuadamente la procedencia de salidas alternativas al proceso penal en delitos relacionados con drogas.

Al hablar de salidas alternativas para abordar el asunto de las drogas psicoactivas, se han distinguido tres conceptos que podrían fundamentar estas salidas dentro de un enfoque de salud pública, abandonando el prohibicionismo (o *securitización*, como sinónimo de lucha contra las drogas): la despenalización, la descriminalización y la legalización (Lech; 2013, 71).

Tal escenario para la procedencia de salidas alternativas en materia de drogas, solo puede darse en un campo en el que se de ese tránsito de la lucha contra las drogas (*securitización*) hacia un enfoque de salud pública, el cual según Lech, puede darse tras evidenciarse la ausencia de una clara victoria de la política

del prohibicionismo en materia de drogas (2013, 78).

Dicho proceso de *de-securitización*, o de enfoque de salud pública, llevaría a pensar, según Lech, en un sistema que manejara la producción, el tráfico y el consumo abusivo de drogas, minimizando costos sociales, lo que implicaría hacer prevalecer el enfoque de salud pública sobre el punitivo y represivo, abriendo el debate para la despenalización del tráfico, descriminalización del consumo y legalización de todas las actividades vinculadas a las drogas psicoactivas, como modelos de flexibilización de las políticas contra las drogas. (2013, 80).

Así entonces en Lech se podrían encontrar como salidas alternas en tratándose de drogas: (i) la descriminalización: entendida como la eliminación de un comportamiento o actividad del derecho penal; (ii) por otra parte la despenalización se entiende como la eliminación de la sanción penal o por lo menos su reducción en cuanto pena de prisión; (iii) y la legalización se refiere a la eliminación del carácter de ilícito de la producción, tráfico, venta y demás actividades relacionadas con las drogas psicoactivas (2013, 84).

En este sentido, la descriminalización presupone el ejercicio de aplicación del principio de necesidad, mencionado líneas arriba, ya que no se acudiría al derecho penal para la sanción punitiva de la conducta (enalteciendo su principio de ultima ratio), sino que se podrían acudir a sanciones de tipo administrativo como multas, trabajo comunitario, entre otras, tal y como se intentó con las leyes 745 de 2002 y 1153 de 2007, declarada posteriormente inconstitucional esta última, al concebirse algunas conductas relacionadas con drogas, como contravenciones.

Ello generaría una baja sensible en el índice personas privadas de la libertad por conductas relacionadas con drogas y su consecuente disminución también en el número de procesos judiciales adelantados dentro del aparato judicial, e incluso el descenso del número de capturas por este tipo de conductas, permitiendo a las autoridades concentrar su poder sancionador en delitos de mayor gravedad, lo que además permitiría poder abordar el problema de las drogas, desde un enfoque distinto al punitivo.

Al respecto vale la pena resaltar que según el último estudio del Colectivo de Estudios

Drogas y Derecho, ha señalado que se ha disparado el número de personas privadas de la libertad por delitos relacionados con drogas en todo Latinoamérica y particularmente en Colombia en donde el número de presos por drogas creció un 269 % en los últimos 14 años hasta las 23.141 personas, mientras que el aumento total en cárceles fue del 136 % (CEDD; 2015, 5), por lo cual una de las recomendaciones elevadas es moldear las penas previstas para los delitos de drogas y establecer alternativas a la pena de prisión (2015, 7).

Los mismos efectos que Lech en cuanto la despenalización, sugiere Barba Álvarez (2008; 84), para quien la despenalización es la intervención del legislador con fines propios dirigidos a despenalizar hechos previstos en la norma penal y sujetando a los autores (consumidores en su mayoría) a una sanción administrativa que consiste en la obligación de pagar una suma de dinero al Estado, pero a diferencia de Lech, lo asimila al concepto de descriminalización manejado por el profesor Mantovani (2006) el cual supone la degradación de delitos penales a contravenciones administrativas, teniendo como finalidad reducir el área del ilícito de conformidad al principio de necesidad, las altas tasas de carga laboral de la justicia

penal que se ve enérgicamente más acelerada frente a los fenómenos de criminalidad cuya investigación y persecución es obligatoriedad de la acción penal, y para efectivizar la potencialidad del sistema de prevención general y especial (2006; 1002).

Sin embargo, en contraste con Mantovani y quizás un poco más allá que Lech, Barba propone que la despenalización obedece también a criterios de proporcionalidad de la pena y no solo a su necesidad, como fines de la pena e incluso, propone como principio para una despenalización, el criterio de gravedad de ofensa, determinante de la antijuridicidad y lesión efectiva al bien jurídico (barba 2008; 87), lo que se relaciona con el principio de lesividad, al valorarse la gravedad de la conducta y la incidencia de ella en los bienes jurídicos tutelados.

En cambio la despenalización para Lech, al referirse a la eliminación de la sanción penal o por lo menos su reducción, también hace referencia al principio de proporcionalidad, ya que lo que se busca es flexibilizar la sanción, sin eliminar el tipo penal. Sin embargo, Lech, al desarrollar el concepto de despenalización, desarrolla el concepto de derivación, el

cual implica que a las personas que hayan cometido delitos bajo el influjo de estupefacientes, puedan, o bien someterse a la pena de prisión o puedan someterse a un tratamiento para la adicción (Jelsma; 2009), rompiendo la cadena delictiva de drogas-delincuencia-cárcel (Lech, 2013,83).

Particularmente, la derivación permite ser aplicada antes, durante y después de un proceso penal, suspendiendo medidas preventivas de prisión o suspendiendo el proceso o la ejecución de una pena en aplicación de algún subrogado penal, para lo cual se han resaltado los avances y beneficios de aplicación de esta figura en países de Europa como en Reino Unido (Jelsma; 2009, 9).

Podríamos asimilar el concepto de derivación usado por Lech, a las políticas de reducción del daño, entendidas como aquellas prácticas tendientes a reducir el consumo problemático de drogas y controlar sus consecuencias sociales, sanitarias y económicas, sin necesariamente eliminar o sancionar el consumo (2013, 94), siendo un claro ejemplo de ello, los Centros de Atención Móvil a Drogodependientes – CAMAD los cuales operan en la ciudad de Bogotá y

tienen como objetivo atender a personas en situación de riesgo y exclusión social asociados a sus altos niveles de dependencia a las drogas, en donde una de las metodologías usadas para el control y tratamiento a drogodependientes, es el suministro de drogas “legales” para contrarrestar los efectos nocivos de drogas ilegales (alcaldía de Bogotá; 2012).

Por otro lado, otra posibilidad de alternativa a la prisión en delitos relacionados con drogas para Lech, es la legalización al ser entendida como la eliminación de carácter ilícito de la mayoría de conductas relacionadas con drogas, que supondría uno de dos escenarios: (i) una legalización regulada por el estado; (ii) o una legalización competitiva sujeta exclusivamente a las fuerzas del mercado (Lech; 2013-84), presentando eventualmente en cualquiera de los dos casos ventajas como, la oportunidad del Estado de moldear los patrones de consumo focalizándose en la salud y calidad de los consumidores, permitiéndose como Estado tomar decisiones con mayor información sobre las drogas, y de paso, desincentivando a las organizaciones criminales de tener al micro tráfico como principal fuente de ingresos.

Incluso de esta postura podríamos identificar a Antonio Caballero, para quien la mejor solución en el tema de las drogas es la legalización, o por lo menos inicialmente la descriminalización y despenalización en los términos ya expuestos por Lech, pero que dicha política debe ser integral y universal, es decir, que abarque toda la cadena del narcotráfico y que su institucionalidad no sea solo nacional sino internacional, lo que implicaría revisar y replantear las diferentes convenciones internacionales sobre drogas.

Sin embargo, según Uprimny (1994, 143), quien también promueve este tipo de salidas alternas al proceso penal para delitos relacionados con drogas, la creación de una política de legalización, no presupone el total desmantelamiento de las estructuras de microtráfico, ya que podría generarse mercados paralelos debido a la reglamentación de los sistemas legales de producción, distribución y consumo.

Pese a ello, para quienes propugnan por la legalización, sí existe evidencia que acrediten los posibles resultados señalados de la aplicación de un sistema de flexibilización radicado en la legalización, particularmente en lo

referente a la disminución de las tasas de criminalidad, respecto de delitos relacionados con el consumo de sustancias psicoactivas como el hurto y un aumento en la percepción de justicia mucho más eficiente y celera en la criminalidad. (Nadelmann, 1989 y Becker, 2006), e incluso hay quienes sostienen que con la legalización, también acabarían las muertes por sobredosis que se dan por la adulteración de la droga producida en la clandestinidad (Caballero; 2012).

También pueden identificarse posturas que proponen una despenalización pero sin legalización (Gómez; 1998) señalando que la legalización podría enviar a la comunidad el mensaje equivocado de aceptación, mientras que la despenalización generaría la reducción de las ganancias para quienes se financian ilícitamente con ellas, generando un desincentivo en su comercialización y además, podría destinarse los recursos desgastados en prohibición, hacia políticas de prevención y consumo.

En esta misma línea de pensamiento podemos ubicar a George Soros, para quien, si bien la penalización del abuso de las drogas hace más mal que bien, por las altas tasas de hacinamiento que representa

y porque bloquea cualquier otro tipo de tratamiento alternativo que posibilite un tratamiento adecuado, no se puede considerar que todo intento de regulación del mercado en el marco de la legalización sean exitosos, para lo cual resalta el caso de Zurich, ciudad que llegó a ser reconocida como “el parque de las agujas”, lo que no solo le produjo mala reputación a la ciudad, sino que le restó credibilidad a las políticas anti prohibicionistas (Soros; 2000 - 57).

Añade Soros que un enfoque más racional, dentro de su modelo de sociedad abierta, sería tratar de reducir el suministro y la demanda, minimizando los efectos nocivos del abuso y del control de drogas, lo que implicaría necesariamente levantar las prohibiciones penales, reservando las celdas para delincuentes violentos y los traficantes de droga y no para los adictos no violentos que se sometan a tratamientos, explorando nuevas formas de reducir los daños causados por el uso de las drogas y las políticas prohibicionistas (2000, 57).

Más allá de la diversidad de conceptos que desarrollen salidas alternativas a la prisión, de los cuales se ha reconocido que no existe consenso en la academia sobre sus

significados, diferencias conceptuales señaladas entre otros por Del Olmo (1992, 118), y Jelsma (2011, 4), lo que vale la pena rescatar son los principales planteamientos respecto de la búsqueda de salidas alternas al proceso penal para conductas relacionadas con drogas: (i) de años atrás viene decantándose el fracaso de las políticas prohibicionistas y la lucha contra las drogas; (ii) parte esencial de dichas políticas prohibicionistas, ha sido el uso de la pena de prisión para contrarrestar todas las conductas relacionadas con drogas; (iv) actualmente, la crisis de hacinamiento de las cárceles latinoamericanas, particularmente las colombianas, sumado al declive de las medidas prohibicionistas, reabren la discusión sobre salidas alternativas a la pena para los delitos relacionados con drogas; (v) la mayoría de propuestas de salidas alternas a la pena, se concentran en la aplicación del principio de necesidad y de proporcionalidad de la pena, dentro de un enfoque de salud pública, lo que permitiría sacar del derecho penal la mayoría de conductas relacionadas con drogas y; (vi) no solo se trata de diseñar un amplio catálogo de subrogados penales para quienes cometen conductas relacionadas con drogas, sino implementar

una serie de herramientas jurídicas que permitan buscar salidas alternas al proceso penal, antes, durante y después del mismo.

Dichos conceptos de alternatividad penal expuestos (descriminalización, despenalización y legalización), con sus consecuentes desarrollos, son entendidos como modelos de alternatividad penal, referidos exclusivamente al campo de las conductas relacionadas con drogas.

Sin embargo, el concepto de alternatividad penal, que se asocia al concepto de justicia restaurativa, es mucho más amplio, y como ya se dijo, si bien no existe antecedente legislativo sobre alternatividad penal en materia de drogas exclusivamente, si ha sido un concepto desarrollado con anterioridad y aún con mayor énfasis, en los procesos de justicia transicional que se desarrollan en el país alrededor del conflicto armado interno, particularmente en lo que tiene que ver con los grupos paramilitares y la ley de justicia y paz 975 de 2005.

Esa alternatividad penal, entendida en los términos de Lech, como descriminalización, despenalización y legalización, es entendida por García Pérez en el marco del conflicto armado, como una serie de normas penales

especiales, diferentes en ciertos aspectos a las normalmente aplicables, y se caracteriza por, al igual que la justicia penal tradicional, su naturaleza sancionatoria pero con posibilidades de salidas alternas diferentes a las usuales (García Pérez, 2004; 17).

Nótese que la constante es buscar soluciones diferentes a las penas de prisión tradicionales, soluciones que en el caso de lo planteado por García Pérez, dentro del marco de una justicia alternativa, deben ser proporcionales a la condena, dejando por fuera figuras como la amnistía e indulto, focalizando la pena y en general la justicia, dentro del concepto de justicia restaurativa en donde las partes en riesgo de un delito (víctima, agresor y comunidad) resuelven colectivamente como tratar las consecuencias de ese delito (2004; 17).

En ese orden de ideas, el concepto de García Pérez sobre alternatividad penal, discierne de los planteamientos de Lech y de quienes propugnan por la despenalización y descriminalización, toda vez que no se podrían de dejar de aplicar penas, las cuales así fueran alternativas, deben responder proporcionalmente a la condena.

Además, vale la pena rescatar de la propuesta de García Pérez, el papel activo de la sociedad en la búsqueda de salidas alternativas a la pena, dentro del marco de justicia restaurativa, lo que supondría en el caso de las conductas relacionadas con drogas, que se generan espacios de discusión y consenso, como lo sucedido en California y Arizona, donde fue la misma comunidad por medio de votación, los que dieron el sí para el uso de marihuana medicinal y recreativa.

En el escenario de la alternatividad penal para delitos relacionados con drogas, ciertamente ha sido objeto de estudio que tipo de drogas podrían ser susceptibles de legalización, como modelo de alternatividad, frente a lo cual García Luna, para quien el narcotráfico y la lucha contra las drogas no han hecho más que debilitar al Estado colombiano, luego de verificar la crisis actual de las políticas prohibicionistas, no solo en el mundo, sino en Colombia, propone basado en un estudio de la Universidad de Granada, desde su centro de iniciativas de cooperación al desarrollo, que serán susceptibles de legalización las drogas blandas, que a comparación de las drogas duras, no generan dependencia física (García Luna; 2013- 69), ello claro sin

dejar de lado componentes del ámbito social y político que influyen en una eventual legalización.

A partir de allí, García luna, con base en la clasificación emitida por la Dirección de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación de Colombia, señalando otros escenarios de alternatividad penal, rescata los términos descriminalización, despenalización, regulación y legalización, en básicamente los mismos términos planteados por Lech, pero planteando los tres primeros, como una aplicación gradual para llegar a la legalización, entendida como liberación total. (García Luna; 2013-70).

Con base en ello, sostiene que el tratamiento y rehabilitación de adictos, es mucho más eficiente que el castigo penal, el cual ha generado una sobrepoblación carcelaria, por lo que señala que la despenalización sería una alternativa concreta (2013,72), evidenciándose la necesidad de desvincular al derecho penal, de las conductas relacionadas con drogas.

Sin embargo, el tratamiento y rehabilitación de adictos, es apenas solo uno de los argumentos en pro de la legalización. Augusto Pérez y Sonia Jiménez (1991, 56), exponen de manera

sumaria los argumentos principales por los que debería pensarse en la legalización, como una forma de alternatividad penal:

(i) la prohibición es la que le da el valor agregado a las drogas, a las cuales ese factor ilícito, es lo que le permite servir como mecanismo de financiamiento para estructuras criminales que llevan a cabo la más variada ejecución de delitos, por lo que la legalización les arrebataría poder económico; (ii) la droga legalizada permitiría un mayor control estatal en su precio y calidad, evitando que los usuarios tuvieran que recurrir a comportamientos delictuales para conseguirla y contribuyendo a solucionar temas de salud pública generados por su baja calidad; (iii) la prohibición de la droga, ciñe sobre ella un tabú que la hace más atractiva, especialmente para los jóvenes; (iv) el aumento de disponibilidad del producto por la legalización, no genera automáticamente el aumento del consumo, ya que este obedece a diversos factores que afectan a los individuos; (v) y finalmente, la legalización le permitiría al Estado concentrar un uso eficiente de sus recursos, invirtiéndolos en educación y prevención, en vez de represión.

Ahora, por otra parte hay un sector que no concibe la despenalización ni la

legalización como medidas alternativas, y en vez de ello critican la mayoría de planteamientos acá expuestos, aunque lo relevante sea que incluso quienes critican la legalización, han señalado que las políticas de represión son un fracaso (Vásquez Rojas; 2008; 45), lo que reafirma la necesidad de buscar salidas alternas a la pena de prisión para delitos relacionados con drogas.

La mayoría de los argumentos de quienes son detractores de las políticas de legalización, sostienen que las propuestas de legalización son pragmáticas y efímeras, ya que no hay consenso sobre cuales drogas deben ser legalizadas (Pérez y Jiménez, 1991, 56), más sin embargo reconocen que tampoco funciona el sistema de represión el cual lo identifican como una medida aislada dentro de un problema más complejo (Vásquez Rojas; 2008, 46).

Además, quienes no están a favor de la legalización como salida alterna al proceso legal, traen a colación experiencias de otros países en donde se intentó dicha figura y sus resultados fueron contrarios a los esperados, como en el caso de Inglaterra en donde, según Pérez y Jiménez, aumentó el tráfico ilegal y el

consumo en el caso de la heroína cuando en los 60 y 70 se permitió su distribución o incluso traen como ejemplos los casos de Holanda y Alaska (1991, 57).

Incluso hay quienes argumentan, en contra de la legalización, que no es cierto que las conductas relacionadas con drogas y el narcotráfico en general, por su carácter ilícito, sea atractivo para ciertas personas, debido a sus dividendos económicos y que si este fuera el argumento para una legalización o despenalización, deberían suceder lo mismo con conductas como el robo, la extorsión entre otras conductas (1991, 58).

En esta misma línea pueden identificarse al economista Andrés Ponce de León, citado por García Luna (2013, 71), para quien desde su óptica económica, la posibilidad de la despenalización y legalización, trae consigo una inviabilidad práctica, la cual emerge de las excesivas restricciones institucionales de la legalización lo que fomentaría la creación de mercados informales y la creación de una economía informal ajena al modelo de legalización, critica similar a la realizada por Uprimy (1994) y señalada líneas arriba, para quien la legalización no supone el desmantelamiento de

organizaciones criminales, ya que pueden generarse mercados paralelos debido a la reglamentación de los sistemas legales de producción, distribución y consumo.

Entre quienes no aprueban la legalización ni la descriminalización ni la despenalización como salidas alternas al proceso penal, además del consenso en el fracaso de las políticas prohibicionistas, también concuerdan en que la persecución penal debe focalizarse con mayor énfasis en quienes encabezan las organizaciones ilegales.

Así, Manrique (2011, 3) frente a la recomendación del informe de la comisión global de políticas de drogas, de promover penas alternativas para vendedores de pequeña escala y vendedores de droga primarios, refiere que en la ley hay la posibilidad de agravar o disminuir la pena según los hechos y las calidades del sujeto, con el fin de focalizar el esfuerzo penal en la criminalidad organizada, cuestión sobre la que se pueden hacer reparos bajo la actual normatividad sobre subrogados penales para delitos relacionados con drogas, para los cuales la ley 1709 limitó la aplicación de subrogados.

Añade Manrique, criticando la posibilidad de despenalizar o buscar salidas alternas, que las diferentes convenciones internacionales no son para interpretarlas sino para aplicarlas y que no cabe posibilidad de adaptarlas internamente con el fin de buscar salidas alternas a la pena de prisión, sino que su aplicación debe reflejar un sentimiento global de criminalización de este tipo de conductas (2011, 4). Quizás sea por ello que Nadelmann sostuvo que en el caso colombiano, no puede legalizarse, puesto que Colombia se arriesgaría a sanciones por incumplimiento a sus tratados internacionales (Vásquez Rojas; 2008, 50).

En la discusión sobre la procedencia o viabilidad de la despenalización, descriminalización, o legalización de las drogas, como salidas alternas al proceso penal, si bien no hay consenso, si resulta rescatable que la gran mayoría coinciden en el rotundo fracaso de las políticas prohibicionistas.

La esencia misma de las políticas prohibicionistas, radica en el uso intensivo de las medidas privativas de la libertad y en el uso del derecho penal como herramienta para combatir conductas

relacionadas con drogas, especialmente el consumo.

Producto de ello y de esa crisis, la mayoría de los planteamientos sostienen que una de las consecuencias más visibles del fracaso de las políticas prohibicionistas, ha sido las altas tasas de hacinamiento carcelario por conductas relacionadas con drogas, frente a lo cual se pudieron ver propuestas tendientes a buscar salidas alternas antes, durante y después del proceso penal o propuestas tendientes a la aplicación del principio de necesidad y proporcionalidad en delitos relacionados con drogas.

Teniendo en cuenta que bastante se ha dicho sobre el fracaso de las políticas prohibicionistas y de las medidas de prisión como su herramienta predilecta, es necesario aterrizar la discusión en el contexto procesal penal colombiano, para sostener la crítica a las medidas o normas que establecen, no solo las penas de prisión para las conductas relacionadas con drogas, sino aquellas normas que limitan la aplicación de salidas alternas al proceso penal.

De esta manera, teniendo en cuenta los avances en materia de despenalización y legalización que se han dado en Colombia y analizando las diversas

alternativas que ofrece el procedimiento penal, alternas a las medidas de prisión, emerge postular la importancia que debe retomar el principio de necesidad y de la intervención penal, para concluir que dicho principio debe servir de sustento jurídico para la validez y viabilidad de la búsqueda de salidas alternas al proceso penal y a la pena, identificando los mecanismos procesales en los que pueda implementarse el principio de necesidad de la pena.

Por ello, el presente artículo, luego de verificar el estado actual de la discusión sobre alternatividad penal en materia de drogas, permitirá responder a la siguiente pregunta: ¿Qué implicaciones tiene el principio de necesidad en las salidas alternativas para los delitos relacionados con drogas dentro del proceso penal? lo que dará la pauta para analizar el principio de necesidad de la pena, en la actual discusión sobre salidas alternativas al derecho penal para delitos relacionados con drogas y su incidencia en el proceso penal colombiano.

Ello a su vez implica descifrar cuales son los principales argumentos que viabilizan o no la búsqueda de dichas salidas alternativas dentro de lo que

actualmente tenemos como normatividad penal y proceso penal en materia de drogas incluyendo los avances jurisprudenciales en el asunto, lo que nos llevara finalmente no solo a ver si proceden o no dichas salidas alternas sino a plantear una serie de recomendaciones sobre las cuales podría llevarse a cabo la aplicación de salidas alternas a la pena para delitos relacionados con drogas.

Las respuestas a dicha pregunta, permitirá por un lado realizar la correspondiente critica o comentario a la forma en cómo se emplea el derecho penal en los delitos relacionados con drogas y por otro lado, revisar si tal uso del derecho penal, se compadece con los planteamientos internacionales y nacionales que exigen una nueva forma de abordar el asunto de las drogas.

Salidas alternativas dentro del proceso penal, para delitos relacionados con drogas, con sustento en el principio de necesidad: Principio de oportunidad y subrogados penales.

La crisis evidente y sostenida de los sistemas prohibicionistas, ha generado la necesidad de afrontar el problema buscando medidas alternativas para el asunto de las drogas, particularmente con

lo que tiene que ver con el uso del derecho penal y la prisión.

Resaltan las propuestas de despenalizar, descriminalizar, convertir el ilícito en contravención administrativa o civil, pero el común denominador de la búsqueda de esta alternatividad penal, es el replanteamiento del principio de necesidad de la pena para las conductas relacionadas con drogas, buscando salidas alternativas antes, durante y después del proceso penal (Jelsma; 2009, 9).

Es por ello que este trabajo se concentrará en responder el interrogante sobre si actualmente es posible con sustento en el principio de necesidad, buscar dentro del proceso penal, salidas alternativas a la pena de prisión.

Ello conduce a la revisión de cuáles son los mecanismos de solución alternativa que ofrece el procedimiento penal, mencionados líneas arriba, y ver si ellos son aplicables, en qué medida y de qué manera con sustento en el principio de necesidad de la pena, para conductas relacionadas con drogas.

Así entonces, se deberá proponer como teoría que la aplicación del principio de necesidad, es inherente a la

alternatividad penal y deben sustentar la aplicación de los diferentes mecanismos procesales existentes, que supongan una salida diferente a la pena de prisión dentro del proceso penal, en contraste con los fines mismos de la pena de prisión en la legislación colombiana.

Por tal motivo a continuación, deberá hacerse el estudio de como las más importantes figuras del sistema procesal penal que permiten la aplicación de una solución diferente a la pena, es valorado y debería ser valorado el principio de necesidad, teniendo en cuenta que hay medidas que procesalmente, pueden operar, antes, durante y después del proceso penal.

Archivo de las diligencias y preclusión de la investigación.

Como se anotó en precedencia, ambas figuras podrían constituir salidas diferentes a la pena de prisión, en las que su mínimo común denominador es la ocurrencia de situaciones que constaten la atipicidad de la conducta.

Efectivamente ambas figuras jurídicas exigen el análisis sobre el encuadramiento típico de las conductas, con el fin de evidenciar de si son típicas o

atípicas y para ello se acuden a los criterios de dosis personal y dosis de provisionamiento reseñados líneas atrás.

Sin embargo los principios que fundamenta la aplicación de dichas figuras, más que obedecer a los cánones del principio de necesidad de la pena, responde a principios como el de tipicidad o incluso al de lesividad, para los cuales, lo relevante es ver si la conducta se encuadra en el tipo penal establecido por el legislador y si la misma conducta afecta gravemente el bien jurídico tutelado.

Debido a ello, pese a que son figuras procesales que podrían conducir a una salida diferente a la pena de prisión, no serán objeto de estudio en el presente análisis, debido a lo cual este acápite se concentrará en el principio de oportunidad y en los subrogados penales, como mecanismos procesales alternos a la pena de prisión, en los cuales cabrían razonamientos sobre el principio de necesidad de la pena, con el fin de hallar en ellos salidas de alternatividad penal para delitos relacionados con drogas.

Principio de oportunidad.

Ya se había visto que la figura del principio de oportunidad, de novedosa

implementación en la legislación penal procesal de nuestro país, permite que la fiscalía por criterios de política criminal pueda, suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, bajo la existencia de determinadas causales taxativas y que para el caso específico de conductas relacionadas con drogas, se establece que solo pueden ser aplicadas por dos causales, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.

Dichas causales son según el artículo 324 de la ley 906 de 2004, cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada y cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial, evento en el cual, los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso

de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

De esta forma, la procedencia del principio de oportunidad para conductas relacionadas con drogas, en estos eventos, hacen suponer que se aplicarán en la modalidad de suspensión del procedimiento, hasta que se dé la colaboración eficaz del procesado, y en cuanto la procedencia del principio de oportunidad para delitos relacionados con drogas en su modalidad de suspensión, la ley establece como condiciones que puede imponer el fiscal para su aprobación, que el procesado participe en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas o someterse a un tratamiento médico o psicológico, condiciones que la Corte Constitucional, en sentencia C-387 de 2014, encontró ajustadas a la ley y que no vulneraban el derecho de autonomía personal, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.

Puede observarse entonces que pese a que esta figura procesal es por excelencia la figura de alternatividad penal en el proceso penal, no permite usarse sino

bajo las condiciones señaladas, lo que ciertamente puede influir en que no puede ser aplicada en la mayoría de los casos de asuntos de drogas, si se tiene en cuenta que tal y como se señalara al inicio del escrito, en la mayoría de los casos las personas procesadas y condenadas, además de ser consumidores habituales, son los eslabones más débiles de la cadena de narcotráfico, lo que no les permitiría acceder al principio de oportunidad al no encuadrar en una de las dos causales reseñadas.

Quizás por ello, es que procesalmente el principio de oportunidad no ha generado los frutos esperados con su implementación, la cual se refleja en su escaso uso durante los ya cumplidos diez primeros años de vigencia del sistema procesal penal, tiempo dentro del cual su aplicación se ha reducido a un 0.06% del total de los casos “resueltos” por la justicia penal. (CEJ-2015, 38).

Así entonces, el fracaso del principio de oportunidad como salida alterna a la pena, no es sino otro de los efectos del fracaso de las políticas prohibicionistas en materia de drogas que impiden la búsqueda de salidas alternas a la prisión.

Por lo mismo, la tesis acá expuesta permite afirmar que un correcto uso de la figura con sustento en el principio de necesidad de la pena, implicaría no solo emplearla para el desmantelamiento de organizaciones criminales con colaboración eficaz de los procesados, sino incluso podría ser empleada en aquellos casos difíciles en los que el operador judicial (en este caso el delegado fiscal) no le fuera posible distinguir entre una conducta merecedora de sanción penal y otra que no la necesite, como en los casos de porte, en los cuales la cantidad excede bastante la dosis mínima o en los casos de los micro expendedores de dosis personales, entre otros casos identificados como aquellos que retrasan y congestionan el sistema judicial.

Sin embargo, como se observó, las causales del principio de oportunidad dirigidas a delitos relacionados con drogas, no permiten dicha práctica, por lo que sería necesario ampliar el catálogo de causales para la procedencia de dicho principio de oportunidad con sustento en los principios propios de la pena, permitiendo un uso adecuado de la figura, el cual podría verse reflejado en el aumento de su uso, lo que significaría bajar los índices de personas privadas de la

libertad por delitos relacionados con drogas.

Incluso se podría pensar en causales que permitieran una aplicación más amplia de la figura, como la primigenia y extinta causal décimo sexta del artículo 324 de la ley 906 que habilitaba la aplicación del principio de oportunidad cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas.

Desde el marco constitucional, el principio de necesidad, que como ya se mencionó anteriormente hace parte de los límites materiales al *ius puniendi* en cabeza del legislador en materia penal, debe ser respetado y constituye también límite para el diseño de las causales por las que procede la aplicación del principio de necesidad y así lo considero la Corte Constitucional en la sentencia 387 de 2014, con la cual se estudió la exequibilidad de algunas normas sobre procedimiento a prueba, en donde señaló como límites a la facultad legislativa del

congreso a la hora de fijar dichas causales, “el principio de legalidad, el mandato constitucional de asegurar la vigencia de un orden justo (preámbulo y art. 2º superior) y de los compromisos internacionales en materia de acceso a la administración de justicia para la defensa de los derechos humanos”, por lo que será necesario que dicha figura, permita su aplicación en distintos casos a los de delación y colaboración con la justicia.

Subrogados Penales.

A diferencia de las figuras procesales mencionadas con anterioridad, los subrogados penales podrían significar salidas alternas a la pena de prisión, después del proceso penal, es decir, en los casos en que ya hay una sentencia condenatoria por delitos relacionados con drogas.

La legislación penal consagra diversos tipos de subrogados penales, entre los que destacan, la suspensión condicional de ejecución de la pena, la prisión domiciliaria, la libertad condicional y la sustitución de la ejecución de la pena, figuras que tienen en común que una vez se cumplan los requisitos que

a ellas los rige, se puede solicitar medidas alternativas a la prisión.

Como el propósito de este trabajo, no es hacer una explicación sucinta de los referidos mecanismos procesales que viabilizan la aplicación de salidas alternas a la prisión, sino como ellos operan respecto de delitos relacionados con drogas y si dicha aplicación se compadece con las críticas planteadas al prohibicionismo, las crisis de las prisiones y los avances jurisprudenciales de despenalización, la crítica se dirigirá hacia la novedosa normatividad que limita su aplicación así como su respectiva interpretación jurisprudencial, los efectos que puede tener y la posible reivindicación que puede tomar dichas figuras, si se interpretan a la luz de los planteamientos acá expuestos.

Sea lo primero mencionar que con la entrada en vigencia de la relativamente reciente ley 1709 de 2014, que en su artículo 32 que modificó el artículo 68^a del código penal, se amplió el catálogo de delitos por los cuales no proceden ni beneficios ni subrogados penales. Bajo estas circunstancias, quienes cometan delitos relacionados con estupeficientes, quedan expresamente prohibidos por ley

para ser favorecidos con algún beneficio administrativo (V gr. el permiso administrativo de salida por 72 horas regulado en el código penitenciario), o para beneficiarse con algún subrogado penal.

Ello ha generado que la misma Corte Suprema de Justicia haya negado la procedencia de tales mecanismos de alternatividad penal, como puede evidenciarse en las providencias AP -Rad 41995 de 2015; AP -Rad 44174 de 2015; AP -Rad 46031 de 2015; y SP Rad 45927 de 2015, entre otras, decisiones que marcan el camino a tomar por los falladores de instancia.

Incluso, la postura de la Corte Suprema de Justicia, frente al no reconocimiento y concesión de subrogados para estas conductas, ha llevado a que no avale dichas salidas alternas, ni siquiera bajo la modalidad de preacuerdos (Rad. 84228 del 25 de Febrero de 2016), ni que sea procedente la creación de una Lex Tertia por favorabilidad, para el otorgamiento de dichos subrogados (véase entre otras Rad 45736 del 24 de Febrero de 2016).

Esto, además de no solucionar uno de los principales efectos de las políticas prohibicionistas (crisis carcelaria), la

agrava aún más por que priva de la posibilidad de intentar soluciones alternativas a la pena de prisión, para conductas que como ya se ha señalado en este artículo, cada vez más son concebidas como problemas de salud pública y no como problemas penales. Así entonces de las 23.141 personas recluidas en el país por delitos relacionados con drogas, ninguna podría acceder a ningún mecanismo de subrogado penal o beneficio judicial o administrativo, dando un paso atrás en el proceso de despenalización y legalización que se está dando en el país.

Sin embargo el mismo artículo 32 de la ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 68^a del código penal, si bien excluye cualquier subrogado judicial o beneficio judicial o administrativo para delitos relacionados con drogas, también hace la salvedad de que si procederán tanto la sustitución de la detención preventiva, la sustitución de la ejecución de la pena, la libertad condicional y la solicitud de ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado de que trata el artículo 38g del código penal, figuras todas que suponen que la persona haya sido condenada y que haya recibido tratamiento penitenciario.

Se resalta que para la solicitud de ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado de que trata el artículo 38g del código penal, se hace la salvedad de que solo procede para las conductas del artículo 375 y el inciso segundo del 376, esto es, el tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, conducta que como ya se vio, abarca la mayoría de comportamientos relacionados con drogas.

Sin embargo el panorama sobre si procesalmente en el ámbito penal se está teniendo en cuenta los principales avances en despenalización y legalización y las principales críticas al prohibicionismo, no está claro.

Quizás puede identificarse algún asomo de aplicación del principio de necesidad en cuanto se permite la aplicación del subrogado de que trata el artículo 38g para ciertas conductas relacionadas con drogas, más sin embargo tal como se evidencia en los planteamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia sobre la exclusión o prohibición de beneficios y subrogados a delitos relacionados con drogas, manda el mensaje de prevalencia de una política

prohibicionista, de la cual bastante se ha dicho sobre su crisis.

De hecho, la más reciente tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que no es procedente la concesión de dichas figuras sustitutivas de la pena de prisión, por expreso mandato legal, ni siquiera en los casos en los que sean otorgadas en virtud de preacuerdos celebrados en el marco del proceso penal. (Corte Suprema de Justicia. Rad 84.228 del 25 de Febrero de 2016). Al respecto y a modo de comentario, llama la atención que la Corte permita la negociación y reconocimiento de figuras jurídicas que disminuyen la pena para el procesado, pese a que no esté acreditada la existencia de dicha figura (dígase por ejemplo de la degradación de autor a cómplice o como en el presente caso, el reconocimiento de la figura de estado de extrema pobreza y marginalidad del que habla el artículo 56 de la ley 599 del 2000), pero no permita la negociación ni el reconocimiento de subrogados penales, por tratarse de delitos relacionados con drogas.

De ahí surge nuevamente la tesis de este escrito, de replantear el principio de necesidad para conductas relacionadas con

drogas en la búsqueda de salidas alternativas a la pena, que efectivicen los avances jurisprudenciales en el país y las críticas perfiladas al prohibicionismo a nivel nacional e internacional, particularmente la referida a la crisis penitenciaria que actualmente se enfrenta.

Implicaciones de la discusión de salidas alternativas a conductas relacionadas con drogas en el marco del proceso penal colombiano, en relación al principio de necesidad.

Hasta el momento se ha hablado de los problemas que ha desencadenado, particularmente en Colombia, la lucha contra las drogas, al igual que las secuelas que se han expuesto de la aplicación de las teorías prohibicionistas en materia de drogas, así como el actual panorama normativo y jurisprudencial en el país.

Igualmente se han mirado las propuestas más relevantes respecto de salidas alternas para delitos relacionados con drogas, en donde cobra gran relevancia propuestas tendientes a la despenalización, descriminalización, legalización y regulación, como formas alternativas al prohibicionismo para afrontar el tema de las drogas, y también de que manera dichas formas alternativas

se relacionan con principios de la pena, particularmente, el principio de necesidad.

Ello condujo a analizar el principio de necesidad de la pena, en la actual discusión sobre salidas alternativas al derecho penal para delitos relacionados con drogas y su incidencia en el proceso penal colombiano, evidenciándose su funcionamiento en salidas alternas dentro de dicho proceso como lo son, el principio de oportunidad y los subrogados penales.

De esta manera, se propuso como tesis que será necesario para implementar en el marco del proceso penal, salidas alternas a la pena, el replanteamiento del principio de necesidad para conductas relacionadas con drogas y de esta forma darle mayor alcance no solo a las propuestas que sobre despenalización y legalización se han edificado en la academia, sino a las figuras procesales que están legalmente estatuidas para dar soluciones distintas a la pena de prisión.

Dentro de todo este recorrido es posible encontrar la respuesta a la pregunta planteada respecto de que implicaciones tiene el principio de necesidad en las salidas alternativas para delitos relacionados con drogas, dentro del proceso penal y respuesta se ve reflejada

en la forma en cómo operan las principales figuras jurídicas en materia procesal penal, que suponen una salida alterna a la pena de prisión, esto es, el principio de oportunidad y los subrogados penales.

Es notorio que los principales avances que en materia de salidas alternas a delitos relacionados con drogas se han dado desde la esfera jurisprudencial, ello sin obviar leyes como la 1566 de 2012 que le han intentado dar un enfoque diferente al criminal para el asunto de drogas.

Sin embargo, como se pudo observar, no hay un paradigma claro de cómo deben ser aplicados estos criterios, desarrollados por la jurisprudencia, en los casos en los que se pretenda la aplicación de una de dichas figuras jurídicas procesales que tiendan a una salida alternativa, mucho más si se tiene en cuenta que el juez solamente estará sometido al imperio de la ley y que en Colombia como quedó expuesto, no existe una política clara frente al tema de las drogas, lo que no ha sido óbice para que sea una política con tendencia prohibicionista.

De hecho también se pudo observar como dicha tendencia prohibicionista resalta en la normatividad

penal, en la que el aumento de penas, la excesiva tipicidad de conductas relacionadas con drogas y la reciente prohibición de beneficiar con subrogados a quienes comentan dichas conductas, evidencia que aún se continua acudiendo al derecho penal para sancionar este tipo de conductas, de donde emerge el llamado del presente escrito a replantear el principio de necesidad de la pena, atendiendo también el llamado que, como se mostró en el presente escrito, se hace desde distintas esferas a nivel nacional e internacional, sobre la búsqueda de salidas alternativas a las conductas relacionadas

con drogas, principalmente a causa del fracaso del prohibicionismo.

En síntesis, un análisis del principio de necesidad en las figuras alternativas a la pena de prisión identificadas en el presente texto, permitirá adoptar medias igualmente idóneas y de menor injerencia en los derechos fundamentales intervenidos, para solventar los asuntos relacionados con drogas, de cara a las funciones mismas de la pena, en aquellos casos en que se haga innecesario su merecimiento punitivo.

Conclusiones.

Deberá señalarse como la primera de las conclusiones que actualmente el marco normativo en materia penal, dificulta la búsqueda de salidas alternativas dentro del proceso penal para delitos relacionados con drogas, lo que sugiere un replanteamiento del principio de necesidad para este tipo de conductas, que permita una mayor aplicación de las figuras de alternatividad penal existentes en el país.

Además, la normatividad penal del país debe compaginarse con los reiterados planteamientos sobre el fracaso de políticas prohibicionistas y que llaman a acudir en menor medida a las penas de prisión para este tipo de conductas.

Del texto se pudo evidenciar que la normatividad penal y procesal penal, no permite actualmente la concesión de subrogados penales o en general cualquier tipo de beneficio judicial o administrativo,

lo que no se compadece con lo que en la teoría y la academia se ha venido pregonando, y es la necesidad de asumir el tema de las drogas, como un tema de salud pública y no criminal, buscando salidas alternas a la pena de prisión.

Este fenómeno de criminalización y su consecuente restricción para acceder a soluciones alternativas a la pena de prisión, explican la existente crisis carcelaria por hacinamiento, fenómeno con el cual se inició este estudio, lo que a su vez pone en tela de juicio la eficiencia de este tipo de normas que restringen cualquier tipo de mecanismo alternativo a la pena para personas procesadas y condenadas por drogas, así como las normas que sancionan penalmente dichas conductas.

Por otra parte, las reiteradas críticas al sistema prohibicionista no solo en Colombia, sino en otras latitudes, así como los posibles beneficios que traería la legalización, hacen suponer que, en aplicación del principio de necesidad, no habría necesidad de acudir al derecho penal ni a la pena de prisión para la sanción de conductas relacionadas con drogas que

puedan ser asumidas en otro tipo de escenarios distintos al punitivo.

Así entonces la aplicación de los criterios referidos, generaría una baja sensible en el hacinamiento carcelario que afronta el país, al igual que entonaría la normatividad colombiana a las exigencias actuales de desincentivar el uso desmesurado del derecho penal para conductas relacionadas con drogas, permitiendo el funcionamiento de un sistema procesal y penitenciario más equilibrado y eficiente.

De esta forma, también emerge como conclusión el hecho de que es imperiosa una reforma legislativa en orden a posibilitar en mayor medida dichas salidas alternas en el proceso penal, particularmente el principio de oportunidad que tan menguado se ha visto. Es claro que dicha reforma debe originarse en los derechos reconocidos en la constitución, pero también es claro que no se encuentran limitantes en la actual constitución que imposibiliten el uso de estas medidas. En vez de ello se observa un amplio catálogo de principios y derechos que viabilizan el uso de estas medidas alternas, como el principio de necesidad, el de dignidad humana y todos

aquellos mencionados en la presente obra discusión sobre el cambio de paradigma
que han servido como sustento en la en el asunto de las drogas.

Referencias.

Alcaldía de Bogotá. Bogotá Humana. Recuperado el 14 de octubre de 2015, de Bogotá Humana: <http://www.bogotahumana.gov.co/index.php/noticias/comunicados-deprensa-alcalde-mayor/2083-qlos-camad-son-instrumentos-de-pazq-alcaldepetro>. Consultado el: 15/12/2012.

Alexy, R. (2002). Derecho y Razón práctica. México D.F.: Coyoacan S.A

Barba Rogelio Álvarez. (2008). Política de despenalización como medio eficaz para una justicia penal justa. Revista Prolegómenos: derechos y valores- Volumen XI N° 21-Enero – Junio 2008.

Becker Gary (et al) “el mercado de bienes ilegales: el caso de la droga” en revista de Economía Institucional, Universidad Externado de Colombia, Vol 8 núm 15 semestre II, 2006.

Bedoya Bedoya. Cesar Augusto. Delgado Builes. Francisco Antonio. (2007). Control de garantías y principio de proporcionalidad en el proceso penal acusatorio ley 906 de 2004. Editorial Dike.

Bernal Pulido. Carlos. (2003) El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid.

Blickman, Tom y Martin Jelsma. “La reforma de las políticas de drogas. Experiencias alternativas en Europa y Estados Unidos”. Revista Nueva Sociedad. N 22 (julio agosto de 2009). 81-103. Visto en <http://nuso.org/articulo/experiencias-alternativas-en-europa-y-estados-unidos/>

Bustos Ramírez. (1989). “Manual de derecho penal parte general”. Barcelona. Ediciones Ariel

- Camacho, Gaviria, Rodríguez. (2011). “El consumo de droga en Colombia” en Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos. Bogotá. D.C. Ediciones Uniandes.
- Carranza, Elías. (1992). “Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe”. Ed Bosch.
- Carranza, Elías. (2009). Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe. Como implementar el modelo de derechos y obligaciones de las naciones unidas. Ed. Siglo XXI.
- Casas Maldonado, Martha Aurora. (2010). Reflexiones sobre los fundamentos constitucionales del derecho penal colombiano. En temas fundamentales de derecho penal general. Ed Universidad Libre de Colombia.
- Convenio Internacional del Opio. Shangai - China. (1909). La Haya. 23 de Enero 1912. Consultado en <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/OPIO.pdf> en 10 de septiembre de 2015.
- Colectivo de Estudios, drogas y derecho. – CEDD (2015). Reformas a las políticas de drogas en Latinoamérica: Discurso y realidad. Encontrado en http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/Alejandro_v09.pdf
- Collazos Aguado, José Edgar. (2003) Términos y principios penales. Editorial Aratos Ltda.
- Colombia, Asamblea Constituyente. (1991, 4 de Julio), Constitución Política de 1991.
- Colombia, Congreso de la República (1986, 31 de Enero), Ley 30 del 31 de Enero de 1986, Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, 41 de Enero de 1986, Bogotá.
- Colombia, Congreso de la República (1993, 19 de Agosto), Ley 63 del 19 de Agosto de 1993, Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Diario Oficial, núm. 40.999, 19 de Agosto de 1993, Bogotá.

Colombia, Congreso de la República (1997, 26 de Diciembre), Ley 418 del 26 de Diciembre de 1997, Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, núm. 43.201, 26 de Diciembre de 1997, Bogotá.

Colombia, Congreso de la República (2000, 24 de Julio), Ley 599 del 24 de Julio de 2000, por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial, núm. 44.097, 24 de Julio de 2000, Bogotá.

Colombia, Congreso de la República (2002, 19 de Diciembre), Acto legislativo 003 de 2002 del 19 de Diciembre, Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Diario Oficial, núm. 45.040, 19 de Diciembre de 2002, Bogotá.

Colombia, Congreso de la República (2005, 25 de Julio), Ley 975 del 25 de Julio de 2005, Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Diario Oficial, núm. 45.980, 25 de Julio de 2005, Bogotá.

Colombia, Congreso de la República (2009, 21 de Diciembre), Acto legislativo 002 de 2009 del 21 de Diciembre, por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política. Diario Oficial, núm. 47.570, 21 de Diciembre de 2009, Bogotá.

Colombia, Congreso de la República (2009, 21 de Diciembre), Acto legislativo 002 de 2009 del 21 de Diciembre, por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política. Diario Oficial, núm. 47.570, 21 de Diciembre de 2009, Bogotá.

Colombia, Congreso de la República (2011, 24 de Junio), Ley 1453 de 2011 del 24 de Junio, por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Diario Oficial, núm. 48.110, 24 de Junio de 2011, Bogotá.

Colombia, Congreso de la República (2012, 31 de Julio), Ley 1566 de 2012 del 31 de Julio, por la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que

consumen sustancias psicoactivas y se crea el premio nacional "entidad comprometida con la prevención del consumo, abuso y adicción a sustancias" psicoactivas. Diario Oficial, núm. 48.508, 31 de Julio de 2011, Bogotá.

Colombia, Congreso de la República (2014, 20 de Enero), Ley 1709 de 2014 del 20 de Enero, Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, núm. 49.039, 20 de Enero de 2014, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1994, Mayo), Sentencia C – 221, M. P. Carlos Gaviria Díaz, L.E., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2001, Junio), Sentencia C – 647, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, L.E., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-647-01.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2011, Julio), Sentencia C – 574, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, L.E., Bogotá. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2011, Noviembre), Sentencia C – 882, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, L.E., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2012, Julio), Sentencia C – 491, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, L.E., Bogotá. Recuperado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-491-12.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2014, Junio), Sentencia C – 387, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, L.E., Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. (2007, Julio), Auto Penal dentro el proceso No. 11-001-02-30-015-2007-0019. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. (2008, Diciembre), Sentencia Penal Radicado 30640. M.P. Javier Zapata Ortiz.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. (2014, Noviembre), Sentencia Penal SP-15519 - 2014. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. (2015, Agosto), Auto Penal AP-4418 -2015. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. (2015, Agosto), Sentencia Penal SP-11235 -2015. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. (2015, Junio), Auto Penal AP- Rad. 46031 -2015. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. (2015, Junio), Sentencia Penal SP-7600 -2015. M.P. Patricia Salazar Cuellar.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. (2015, Septiembre), Auto Penal AP-5699 -2015. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. (2016, Marzo), Sentencia Penal SP-2940-2016. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Colombia. Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). Informe de Comisión Asesora de Política Criminal. Diagnóstico y Propuesta de Lineamientos de Política Criminal para el Estado Colombiano. Recuperado de http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/destacados/comision_asesora_politica_drogas_colombia.pdf

Colombia. Fiscalía General de la Nación. (2004, 30 de Diciembre) Resolución 6657 del 30 de Diciembre de 2004. Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad. Diario Oficial 45.781, del 30 de Diciembre de 2004.

Colombia. Fiscalía General de la Nación. (2004, 30 de Diciembre) Resolución 6658 del 30 de Diciembre de 2004. Por medio de la cual se hace una designación especial. Diario Oficial 45.781, del 30 de Diciembre de 2004.

Colombia. Fiscalía General de la Nación. (2009, 27 de Julio) Resolución 3884 del 27 de Julio de 2009. Por medio de la cual se modifican y adicionan las Resoluciones números 0-6657 y 0-6658 del 30 de diciembre de 2004. Diario Oficial 47.427, del 27 de Julio de 2009.

Colombia. Fiscalía General de la Nación. (2012, 28 de Marzo) Resolución 692 del 28 de Marzo de 2012. “Por la cual se modifica el artículo 1º de la Resolución 0-6658 del 30 de diciembre de 2004 modificada por el artículo 7º de la Resolución 0-3884 del 27 de julio de 2009. Diario Oficial 48.391, del 28 de Marzo de 2012.

Colombia. Ministerio de Justicia. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC. (2015). Informe estadístico enero 2015.

Colombia. Ministerio de Justicia. (2012). Estudio epidemiológico andino sobre consumo drogas población universitaria informe colombia-2012. Recuperado en <http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/destacados/CO03542012-ii-estudio-epidemiologico-andino-sobre-consumo-drogas-poblacion-universitaria-informe-colombia-2012-.pdf>

Colombia. Ministerio de Justicia. (2014). Alternativas al tratamiento penal de los delitos relacionados con drogas. Organización de Estados Americanos. OEA. (2014).

Colombia. Ministerio de Justicia. (2015). Informe Técnico sobre Alternativas al encarcelamiento par los delitos relacionados con drogas.

Colombia. Ministerio de justicia. Comisión asesora de política criminal. (2012) Informe final Diagnostico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Recuperado en https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINA L23NOV.pdf

Comisión Asesora para la política de drogas en Colombia. Lineamientos para un nuevo enfoque de la política de drogas en Colombia. Mayo 2015. Recuperado en http://www.odc.gov.co/Portals/1/comision_asesora/docs/informe_final_comision_asesora_politica_drogas_colombia.pdf

Córdoba Triviño, Montoya Reyes. (2006). Estudios de política criminal. Instituto de estudios del ministerio público. Colección de pensamiento jurídico. N18. Estudios de política criminal. Bogotá. D.C. Ediciones Procuraduría General de la Nación.

Corporación Excelencia en la Justicia. (2011). Balance cinco años del funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2010). Bogotá Diciembre de 2010. Ed Kimpres Ltda.

Corporación Excelencia en la Justicia. (2015). Balance diez años del funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004-2014). Bogotá, Octubre de 2015. Ed. Legis S.A.

Cote Barco Gustavo Emilio. La necesidad de la pena- Reflexiones a partir de los artículos 3 y 4 del Código Penal Colombiano. En Universitas. Bogotá N° 114.Ed. Julio – Diciembre de 2007.

Coyle Andrew. (2009). La prison del futuro. Como reducir el daño que produce a los reclusos y a la sociedad. Traducido por Orlando García Valverde. Ed. Siglo XXI.

Del Olmo, Rosa. ¿Prohibir o domesticar?: políticas de drogas en América Latina. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1992.

Durlauf, Nagin. (2009) Controlling Crime: Strategies an Tradeoffs. Autor. Philip J. Cook; Jens Ludwig and Justin Mc. Crary. Ed University of Chicago Press.

Falla Sánchez. Alberto. (2015). Ejecución de la Sanción Penal y Sistema Carcelario. Ed Leyer.

Ferré Olivé Juan carlos. Nuñez Paz Miguel Angel. Ramírez Barbosa Paula Andrea. (2010). Derecho penal Colombiano parte general. Principios y fundamentos del sistema. Ed Ibañez.

- Galán, J. y Guerrero, L. (2008). *Hacia la construcción de un régimen internacional sobre drogas psicoactivas*. En F. Thoumi, W. Ramírez, y R. Vargas. *La batalla perdida contra las drogas: ¿legalizar es la opción?* (págs. 62 - 141). Bogotá. Intermedio Editores LTDA.
- García Luna, Gonzalo Ernesto. (2013). *El narcotráfico en Colombia: De las falencias de la política de prohibición, a la discusión de la descriminalización y despenalización*. Pontificia Universidad Javeriana. Maestría en Estudios Políticos.
- García Pérez, Gina Marcela. (2004). *El fenómeno de la alternatividad penal y los principios del derecho internacional*. Universidad Externado de Colombia. Facultad de finanzas, gobierno y relaciones internacionales. Especialización en gobierno, gerencia y asuntos públicos.
- Garzón Ardila Daniel Felipe. (2014). “La construcción de marcos alternativos al prohibicionismo en países no productores para atender la problemática mundial de las drogas”. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Gómez Hurtado, Enrique. *Despenalizar, no legalizar*. En Revista Número N° 18, Separata de número. Página 7.
- Gómez López, Jesús Orlando. (2001). *Tratado de derecho penal*. Tomo II Bogotá. Ed Doctrina y Ley.
- Guerrero Cárdenas Lech Julián (2013). *Implicaciones del prohibicionismo en el régimen internacional de control de drogas psicoactivas y posibles salidas alternas en la lucha contra las drogas*. Universidad Externado de Colombia. Instituto de altos estudios para el desarrollo.
- Hulsman. (2009) *¿Qué nos queda de los abolicionismos?* Editorial Antrophos. 1er Edición.
- Jelsma, Martín. (2011). “innovaciones legislativas en políticas de drogas”. Trasnational Institute. Consultado el 26 de Octubre de 2015 en <https://www.tni.org/files/download/innovacioneslegislativas.pdf>

- M. Kennedy. (2009). Deterrence and Crime Prevention. *Reconsidering the Prospect of Sanction*. New York.
- Manrique Viviana Z. (2011) Guerra a las drogas: Informe de la comisión global de políticas de drogas. Análisis de Actualidad #1. Observatorio de drogas ilícitas y armas. Universidad del Rosario. Consultado el 6-Nov-2015 en http://www.urosario.edu.co/ODA/Archivos/analisis_actualidad/analisis-1/
- Mantovani Ferrando. (2006) Diritto Penale Parte Generale. Milano.
- Mill, John Stuart. (1859). Sobre la Libertad. Traducción por Josefa Sainz Pulido. Recuperado en <http://www.ateismopositivo.com.ar/Stuart%20Mill%20John%20-%20Sobre%20la%20libertad.pdf>
- Mir Puig, Santiago. (2002). Derecho Penal Parte General, Sexta Ed. Ed. Reppertor. Barcelona
- Muñoz, Jesús Antonio. (1993). El concepto de la pena y legislación carcelaria. Revista N° 50 del Instituto de Ciencias Penales y criminológicas. Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz Conde, Francisco. Y García Arán, Mercedes. (1996). Derecho penal: parte general segunda edición. Valencia Ed. Tirant lo Blanch.
- Nadelmann Ethan (1989). “Drug prohibition in the united states: Costs, Consequenses, and alternatives” en Science, Vol 245.
- Organización de Naciones Unidas ONU. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Drogas y el Delito. UNODC. Colombia. (2015). Informe mundial sobre las drogas. Resumen ejecutivo. Recuperado en http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/internacionales/IN1022015_world_drug_report_2015.pdf
- Organización de Naciones Unidas. ONU. Convención Única de Estupefacientes. (1961). New York. 24 y 25 de enero de 1961.

- Pérez Gómez, Augusto. (1991) ¿Porque se piensa en la legalización de las drogas? Encuadrado en: Programa La Casa atención a la comunidad en las áreas de drogadicción, sida y suicidio. Edición Augusto Pérez Gómez/Pérez Gómez.
- Pérez Pinzón. (1993). “Las funciones de la pena. Especial énfasis en la resocialización”. En Revista de Ciencias Penales y Criminológicas. Ed. Universidad Externado.
- Posada Arboleta. Néstor Raúl. (2010). Limitantes al ejercicio del poder punitivo. En derecho penal parte general – fundamentos. Ed Universidad de Medellín.
- Sandoval López. (2012) Políticas Internacionales sobre la Guerra Contra las Drogas. Ediciones Nueva Jurídica.
- Soros George. (2000). Es imposible ganar la guerra contra las drogas. Traducido por Adriana de la Espriella. En Revista El malpensante. N° 25. Septiembre 16 – Octubre 31 del 2000.
- Universidad de los Andes. (2011) GDIP. Informe de diagnóstico, sistema penitenciario y carcelario: una perspectiva comparada desde 1998.
- Uprimny Rodrigo. “(1994). Más allá del prohibicionismo: políticas alternativas frente las drogas”. En la legalización de la droga. Facultad de derecho. Universidad Nacional de Colombia. Congreso de la República. Bogotá. Jurídica Radar Ediciones.
- Uprimny, Guzman, Parra. (2013). Penas alucinantes. La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia. Colecciones DeJusticia. Ed. Antropos.
- Uprimny; Chaparro, Cruz, (2015). Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia. Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, pendiente de publicación.
- Vásquez Rojas, Sonia Elizabeth. (2008). Un nuevo enfoque de las políticas antidrogas: uno de los resultados del plan Colombia. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales.
- Velásquez Velásquez. (2014) Manual de derecho penal general. 2014. Editorial Temis.

