

# La Legalización por vía judicial del consumo de la dosis personal de droga: ¿un desafío al sistema democrático en América Latina?

## Legalization judicially personal consumption drug doses: a challenge to democracy in Latin America?

GERMÁN ALFONSO LÓPEZ DAZA<sup>1</sup>

*Abogado, doctor en Derecho Constitucional. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Surcolombiana, director del Grupo Nuevas Visiones del Derecho  
germanlo@usco.edu.co.*

CARLOS FERNANDO GÓMEZ GARCÍA

*Abogado, candidato a Magister en Derecho Público. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Surcolombiana. Investigador del Grupo Nuevas Visiones del Derecho  
carlos.gomez@usco.edu.co*

Recibido: Enero 23 de 2013  
Aceptado: Marzo 25 de 2014

### RESUMEN

*El consumo de drogas en la mayor parte del mundo ha sido tratado desde un aspecto democrático, teniendo como reto la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones o la contemplación del tema por parte del legislativo. Pero Colombia ha sido la excepción dado que la permisividad y restricción del consumo se ha venido desarrollando por vía judicial. Es la Corte Constitucional la que con ocasión de sus diversos pronunciamientos ha variado el tratamiento que sobre el consumo y quien consume, se debe tener. En este artículo de reflexión se da cuenta de este problema jurídico. Se ha considerado importante destacar el caso colombiano frente a los demás países de América Latina. La investigación, ha buscado determinar si la legalización del consumo de sustancias psicoactivas a través de la vía judicial constituye un desafío del sistema democrático o si por el contrario el órgano constitucional está facultado para intervenir en este debate. Para llegar a este objetivo se ha identificado y analizado el tratamiento normativo que se le ha dado al consumo de sustancias psicoactivas en los principales países de América Latina.*

**Palabras Clave:** *Consumo de drogas, desafío a la democracia, activismo judicial, Corte Constitucional.*

<sup>1</sup> Tutor del semillero de Investigación Investigio, conformado por los siguientes auxiliares de investigación: Carlos Andrés Pérez Trujillo, Erika Daniela Guerrero Rincón, Jeimy Andrea Bermeo Narvæz, Luis Felipe Muñoz Lozada

## ABSTRACT

*Drug use in most of the world has been treated from a democratic aspect, with the challenge the participation of citizens in making decisions or contemplation of the subject by the legislature. But Colombia has been the exception since permissiveness and restriction of consumption has been developed by the courts. Is the Constitutional Court that on the occasion of his various statements has changed the treatment of consumption and who consumes, it should be. This reflection paper he realizes this legal problem. It was considered important to highlight the Colombian case against the other countries of Latin America. The research sought to determine whether legalization of psychoactive substances through the courts is challenging the democratic system or if instead the constitutional body empowered to intervene in this debate. To reach this goal we have identified and analyzed the regulatory treatment that has been given to the use of psychoactive substances in the major countries of Latin America.*

**Keywords:** Drug use, challenge to democracy, judicial activism, Constitutional Court.

## Introducción

En la mayoría de democracias del mundo, la vía legislativa (Congreso o Parlamento) ha decidido sobre la regulación que se le da al consumo de sustancias psicoactivas. En algunos países se ha continuado con legislaciones punitivas y en otros se ha optado por la despenalización, incluso por la vía de referendo como fue el caso de algunos estados de los Estados Unidos.

En el caso Latinoamericano en las últimas décadas, se han implementado políticas de todo tipo para enfrentar el problema del uso de drogas ilícitas, teniendo como pilares la despenalización o la descriminalización del usuario y la política de reducción de daños, que consiste en una estrategia para tratar el consumo de drogas como una asunto de salud pública, en la que el dependiente es visto como una persona que precisa ser auxiliada en vez de criminalizada y castigada.<sup>2</sup>

El consumo de sustancias psicoactivas en América Latina inicialmente tuvo tratamiento desde un enfoque punitivo y prohibicionista, el cual se ha materializado a través de las distintas legislaciones nacionales, que con el tiempo ha ido cambiando hacia un enfoque de despenalización de la dosis personal. En todo caso, siempre ha sido el congreso, como máximo representante del

pueblo, quien ha tomado la decisión de enfrentar este grave problema social.

Sin embargo, en el caso de Colombia el asunto ha sido bien distinto. Es el único país en el mundo en donde no ha sido directamente el Congreso quien ha legislado y ha dado tratamiento al consumo de sustancias psicoactivas, sino que ha sido la Corte Constitucional colombiana<sup>3</sup>. Es por tanto el único país de Latinoamérica donde realmente el juez constitucional ha regulado el consumo de sustancias psicoactivas y no el Congreso de la República.

Para el Grupo de investigación Nuevas Visiones del Derecho y su semillero de investigación Investigio, es importante destacar el caso colombiano frente a los demás países de América Latina, y es así como se ha interesado en el problema jurídico que consiste en determinar si la legalización del consumo de sustancias psicoactivas a través de la vía judicial constituye un desafío del sistema democrático en América Latina o si por el contrario el órgano constitucional está facultado para intervenir en este debate. Así como determinar si los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana en torno a este consumo constituyen un desafío al sistema democrático.

Para llegar a este objetivo de la investigación se ha buscado identificar y analizar el tratamiento normativo que se le ha dado al consumo de sustancias psicoactivas en los principales países de América Latina. Se han desarrollado algunos aspectos importantes como la experiencia de otros países del mundo en el tratamiento del consumo de la droga y sus intentos de legalización por vía democrática, la legalización del consumo en Uruguay y el rompimiento de un paradigma en el caso colombiano mediante la legalización por la vía judicial.

<sup>2</sup> Véase: Drogas y democracia: hacia un cambio de paradigma. Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia. Creada por los ex-presidentes Fernando Henrique Cardoso de Brasil, César Gaviria de Colombia y Ernesto Zedillo de México e integrada por 17 personalidades independientes, la Comisión evaluó el impacto de las políticas de “guerra a las drogas” y formuló recomendaciones para estrategias más eficientes, seguras y humanas. Las propuestas presentadas en esta Declaración configuran un cambio profundo de paradigma en la comprensión y enfrentamiento del problema de las drogas en América Latina. Recuperado de [http://www.drogasedemocracia.org/Arquivos/livro\\_espanhol\\_04.pdf](http://www.drogasedemocracia.org/Arquivos/livro_espanhol_04.pdf)

<sup>3</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

## 1. La legalización de la droga por la vía democrática en el mundo

Pese a que la Organización de Naciones Unidas, ONU, sigue manteniendo la posición de la criminalización de las drogas como atenuante a la producción, tráfico y consumo, hay países que democráticamente han optado por legalizar el consumo o por permitir su venta.

Holanda desde el año 1976, así como Bélgica, Portugal, Luxemburgo, Austria, Croacia, Países Bajos, España, Dinamarca, Moldavia, Federación Rusa, y Suiza, son algunos de los países de la Unión Europea que han legalizado la venta de marihuana.

De Asia (India, Pakistán y Afganistán) se tiene referencia que allí se descubrió por primera vez la marihuana. Sin embargo, hoy en algunos países el porte o consumo puede generar hasta la pena de muerte.

En los Estados Unidos, en 15 de los 50 estados de la unión es permitido el uso de la marihuana, para fines médicos, por lo tanto es legal consumirla en este contexto. En este país, las penas son severas en torno al consumo, sin embargo, muchos ciudadanos trasgreden la ley.

En Latinoamérica, en un significativo grupo de países es permitido el consumo de ciertas cantidades de drogas. En Chile, por ejemplo, el consumo legal es el personal, (Andrade, 2013, p. 33), sin embargo, la comercialización y producción está prohibida; en Perú está permitido el consumo personal, se puede poseer máximo hasta 8 gramos de marihuana y 2 gramos de sus derivados, y en Colombia, la dosis mínima sigue siendo legal.

### 1.1 El cannabis en algunos países europeos

En Alemania, el castigo por el consumo de droga va hasta cinco años de prisión o una multa. En 1994, el Tribunal Constitucional germano declaró que los Estados federados no deberían enjuiciar la posesión de marihuana cuando tiene como destinación el uso personal.

La Ley de Estupefacientes Alemana establece que la posesión de una cantidad pequeña de todas las drogas es un delito, pero no será procesado cuando: 1) No hay daño a terceras personas; 2) Los menores de edad no participan; 3) La sustancia es de uso personal; 4) El delito implica una "cantidad insignificante".

En Austria, los delitos relacionados con el cannabis se pueden condenar con hasta seis meses de prisión.

Para el caso de Bélgica, la dosis personal de marihuana está prohibida. En este sentido, si se genera desorden público luego de consumir, la pena será de tres meses a un año de prisión.

En Chipre, la marihuana es una sustancia, cuyo uso que puede generar cadena perpetua, y una pena de hasta ocho años por posesión. Allí esta regulación se ha dado a través de la vía democrática. En Dinamarca -al igual que con todas las drogas- los delitos relacionados con el cannabis se castigan con una multa o pena de prisión de hasta dos años. Esta prohibición está regulada en la Orden Ejecutiva No.698/1993 sección 27 (1); la Ley N<sup>o</sup> 445 de 2004, sección 3 (1); y la Directiva Fiscal 35/2004

De esta forma, resulta interesante ver el caso en concreto de Holanda, país que se proclamó el más libre en el mundo en relación con la regulación en torno al consumo de drogas.

### 1.2 La famosa ley del opio

La llamada Ley del Opio de 1976 en Holanda despenalizó el consumo de la marihuana por considerarla droga 'blanda', toda vez que el efecto de esta yerba era menos nocivo que el de las llamadas drogas duras. Así, se prohibió la tenencia de más de 30 gramos, la cantidad menor a esto se consideró legal. Desde entonces, hace 37 años, los cafés (coffeeshops) holandeses son un emblema simbólico de la libertad de este país y de una política que se toma como ejemplo cuando se quiere enfocar la mirada a la legalización. La tenencia de la marihuana no está criminalizada en Holanda y las políticas permiten el consumo en estas tiendas, siempre y cuando cumplan con requisitos como: cero publicidades de drogas duras, cero alteraciones del orden público, nada de venta a menores y nada de ventas en grandes cantidades.

Pese a esto, los propietarios de los cafés deben comprar el cannabis en un mercado que sigue siendo ilegal. Quienes proveen marihuana pueden llegar a ser investigados por el Estado por transportar droga a los cafés (Blickman; Jelsma, 2009).

En 1996 el gobierno holandés decidió endurecer las directrices de este modelo. La venta se redujo de hasta 30 gramos a 5 gramos por transacción. "La cantidad de cafés sufrió una reducción drástica: de un pico de 1.500 en los inicios pasó a 813 en 2000, hasta llegar a 702 en 2007". (Blickman; Jelsma, 2009).

Desde 2012, los *coffeeshops* fueron establecimientos exclusivos para clientes con carné, y el número de miembros no puede sobrepasar los 2.000. Quienes pertenecen

al club son de Holanda o residen en el país, así los turistas quedaron excluidos. Ahora Holanda busca borrar la imagen que tiene de paraíso para consumir marihuana abiertamente. Sin embargo, el 70% de los 4 millones de consumidores anuales de droga en las coffeeshops son extranjeros.

Contrario a la política punitiva que la ONU comparte en torno a las drogas, muchos legisladores en los Países Bajos consideran que el problema no se ha resuelto y prefieren acabar con las leyes punitivas. En otros países europeos no admiten el uso recreativo de las drogas, lo que ha provocado planteamientos contrarios y encaminados a la criminalización.

De acuerdo con la página oficial de los Países Bajos<sup>4</sup>, las drogas se categorizan en “Blandas y Duras”. La lista Uno establece las drogas de términos inaceptables de riesgo, mientras que la Lista Dos enumera las sustancias sin riesgos para los consumidores:

Ley del Opio Lista I enumera las sustancias que a juicio del gobierno implican niveles inaceptables de riesgo. Éstos se conocen como drogas duras, e incluyen la heroína, la cocaína, las anfetaminas, el LSD y el éxtasis.

Lista II enumera las drogas blandas: los derivados del cannabis (hachís y marihuana) y sedantes como Valium y Seresta. A pesar de estas sustancias no son inofensivos, los riesgos asociados con ellos son, en opinión del gobierno más pequeño que los asociados a sustancias de la Lista I

## 2. La experiencia del Brasil

La “Constitución de la República Federativa del Brasil” de 1988, establece que Brasil es un Estado democrático de derecho y de estructura Federal. En cuanto a la administración de justicia se encomienda a las entidades del poder judicial, sin embargo la Constitución Federal permite que el Senado Federal intervenga en las decisiones jurídicas en ocasiones muy especiales.

Esta constitución, que fue aprobada mediante plebiscito, que acogió la voluntad del pueblo para que determinara la forma de gobierno, como resultado se constituyó una república y un sistema parlamentarista. De igual manera,

se optó por “un régimen republicano de sistema presidencialista, junto con la división tripartita de poderes”.

Uno de esos poderes es el Supremo Tribunal Federal (STF) que es el más alto tribunal del Poder Judicial de Brasil y se le asignaron atribuciones propias de una Corte Suprema y de un Tribunal Constitucional – que para el caso colombiano, se asemeja a la Corte Constitucional. - En cuanto a su función institucional se establece que es servir de “guardián” de la Constitución Federal, es decir, cuando se presenten casos que implican lesión o amenazas a la carta magna deben resolverse adecuadamente.

El Supremo Tribunal Federal es de absoluta importancia dentro del sistema brasileño, pues le corresponde decidir las acciones que versen sobre la constitucionalidad de las normas. Sin embargo, se ha cuestionado su labor en vista de que su deber de velar por la imparcialidad inherente a órganos judiciales, y por tratar los intereses supremos de la nación, se le ha considerado muchas veces como un Tribunal influido políticamente, es decir, que en sus decisiones han predominado las orientaciones políticas de sus miembros.<sup>5</sup>

A pesar de ello, en el año 2002 y 2006 han ocurrido cambios legislativos en el Estado de Brasil en lo que respecta al consumo de sustancias psicoactivas y su correspondiente regulación, como resultado de ello, se logra una despenalización parcial de la posesión para uso personal. Las penas de prisión ya no se aplican, es decir, la consecuencia de una sanción represiva, de tal manera que fueron sustituidas por medidas educativas y servicios comunitarios.

Sin embargo, el hecho de que el consumo haya dejado de ser delito, pero se han establecido penas de hasta cinco años de prisión por la venta al menudeo de pequeñas cantidades. Una investigación realizada en 2009 sobre procesos criminales por tráfico de drogas, en Río de Janeiro y Brasilia, demostró que el sistema penal es selectivo, y que los que venden pequeñas cantidades de drogas, constituyen el 60% de los condenados (Chiquillo et. al, 2013).

En Brasil, la primera política nacional de control de drogas fue formulada por el gobierno del presidente Fernando Henrique Cardoso, a través de la creación del Secretaría Nacional de las Drogas, que debería desarrollar una orientación para conciliar métodos de represión, planos de prevención y reducción de demanda. En 2006, bajo el gobierno del presidente Luis Inácio Lula da Silva, la política de drogas fue

<sup>4</sup> Ver: El alcohol y las Drogas. (2013). Government of the Netherlands (Gobierno de Países Bajos). Recuperado de [http://www.government.nl/issues/alcohol-and-drugs/drugs?ns\\_campaign=Thema-alcohol\\_and\\_drugs&ro\\_adgrp=Drugs&ns\\_mchannel=sea&ns\\_source=google&ns\\_linkname=%2Bdrugs%20%2B%20holland&ns\\_fee=0.00&gclid=CLTRjq\\_49rgCFaXm7AodukkAWQ](http://www.government.nl/issues/alcohol-and-drugs/drugs?ns_campaign=Thema-alcohol_and_drugs&ro_adgrp=Drugs&ns_mchannel=sea&ns_source=google&ns_linkname=%2Bdrugs%20%2B%20holland&ns_fee=0.00&gclid=CLTRjq_49rgCFaXm7AodukkAWQ)

<sup>5</sup> Brasil. Constitución Política, República Federativa de Brasil, 1988 Art. 101-103

reorientada con la Ley 11.343, fortaleciendo acciones de prevención y garantizando medidas educativas, en lugar de penas para usuarios, y abriendo espacio para el cultivo de plantas para uso comprobadamente personal. (Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia. p.36)

Según se logró esclarecer, con base en los diferentes medios de comunicación actualmente en la ciudad de Brasilia se está adelantando una campaña impulsada lanzada por organizaciones civiles con el fin de conseguir una despenalización de la posesión de drogas en Brasil. Esta campaña recibió respaldo de siete ex ministros de justicia quienes firmaron una declaración del apoyo a dicha causa.<sup>6</sup>

Aquel documento, donde figura la propuesta anteriormente mencionada y las firmas de apoyo, fue remitida al juez Gilmar Mendes del Supremo Tribunal Federal de la Corte Suprema, quien fue relator de un caso de posesión de drogas en donde la resolución del proceso debe ser aplicada por otros tribunales en casos relativos a la tenencia de drogas para propio consumo.<sup>7</sup>

En septiembre de 2010 fueron cuestionadas ante el Tribunal Supremo Federal de Brasil la opción legislativa a favor del aumento de la represión así como la opción exclusiva por el encarcelamiento. El Tribunal dictaminó un recurso a favor de una persona acusada de tráfico de 13,4 gramos de cocaína, y discutió la prohibición de la sustitución de la pena de prisión aplicada a un pequeño traficante de drogas por medidas restrictivas de derechos, contemplada en el párrafo 4 del artículo 33 de la Ley de estupefacientes. La mayoría determinó que esa prohibición era inconstitucional y se estableció que la posibilidad de la sustitución se debía estudiar caso por caso. Brasil. Panoramas de las leyes de drogas y tendencias legislativas en Brasil. (S.F)

En lo que respecta a la criminalización, se plantea una ilegitimidad, en vista de que se trata de comportamientos practicados dentro de la esfera de "intimidad del individuo", es decir haciendo goce de su derecho de libre desarrollo de personalidad; además se señaló en la declaración de los ex - ministros que apoyan la causa que cada ciudadano tiene libertad para construir su propio modo de vida, siempre que respete el espacio de los demás.

<sup>6</sup> 2013, 16 de abril. Brasil: despenalización de drogas con apoyo clave. El Nuevo Herald Recuperado de: [http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2013/04/Brasil\\_-despenalizaci%C3%B3n-de-drogas-con-apoyo-clave-2013-04-16-ElNuevoHerald1.pdf](http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2013/04/Brasil_-despenalizaci%C3%B3n-de-drogas-con-apoyo-clave-2013-04-16-ElNuevoHerald1.pdf)

<sup>7</sup> Online news editor. (S.F). Ex ministros defienden la despenalización del porte de drogas en Brasil. Recuperado de: <http://laprensalatina.com/exministros-defienden-la-despenalizacion-del-porte-de-drogas-en-brasil/>

En relación con el consumo de drogas, la Ley de 2006 introdujo un importante cambio con la despenalización del mismo y el rechazo de penas privativas de la libertad para el consumidor, incluso en los casos de reincidencia, mediante el artículo 28, que sólo prevé medidas alternativas como pena o sanción. A pesar de ello, otra inconformidad frente a la ley brasileña actual se fundamenta en que se establece que el uso de drogas es un crimen. Sin embargo, como se menciona anteriormente, en el año 2006 fue sustituida la pena de cárcel por servicio comunitario y multa, empero, en dicha ley no se estableció distinción clara entre la persona que porta drogas para su uso personal y aquella que trafica estupefacientes con base en la cantidad de sustancias que tengan en su poder al momento de una captación, es decir, no define de forma estricta quién puede encajar en cada una de estas categorías. (Brasil, 2006)

## 2.1. Tendencias legislativas en Brasil

La legislación de drogas brasileña estuvo fuertemente influenciada históricamente por las convenciones de drogas de Naciones Unidas. En virtud de las convenciones, Brasil se comprometió a luchar contra el tráfico y a reducir el consumo y la demanda con cualquier medio a su alcance, incluido el más drástico de todos: el control penal. Además del compromiso oficial con el sistema internacional de fiscalización de estupefacientes, las estrechas relaciones diplomáticas y comerciales entre Brasil y los Estados Unidos condujeron a la adopción de un enfoque prohibicionista en consonancia con el modelo norteamericano de guerra contra las drogas. Brasil. Panoramas de las leyes de drogas y tendencias legislativas en Brasil. (S.F)

Con el fin combatir ese desafío que se ha presentado no solo en Brasil, sino también en América Latina en cada uno de sus sistemas democráticos, en esta república se plantea una reforma a la ley de tóxicos, donde se proponen tres ítems: el primero consiste en plantear una interacción para usuarios del crack, y el aumento de la pena para el tráfico de drogas, al igual que se propone la descriminalización de la tenencia de plantas para el consumo personal, y aquello que ha sido objeto de discrepancia y es la correcta distinción entre traficante y usuario.

Por otra parte y en profundidad lo que se pretende con esta proposición, es que se permita que las dosis sean definidas por instancias federales y que esta sea apoyada por instituciones que atienden a aquellos que sufren el abuso de drogas y que esta situación que es de cuestión de salud pública, no tenga repercusiones sancionatorias como la cancelación. Dicha propuesta fue presentada ante la Cámara de diputados por la comisión Brasileña de drogas y Democracias de 2012, acompañada con firmas de cientos de personas.

Sin embargo esta propuesta no sería completa, ni suficiente si no hay una modificación al Código Penal, para lo cual se entregó un anteproyecto al Senado también, con el cual se pretende una descriminalización de la siembra, cultivo y cosecha de plantas destinadas a la producción de drogas para uso exclusivamente personal, el porte de drogas para su uso personal, equivalente a una dosis para cinco días de consumo.

### **3. El caso de Argentina**

Cuando se sancionó el Código Penal de 1921, advierte Valeria Anselmino (2011), no era un problema el consumo de drogas por lo que esta temática estuvo ajena a los intereses del citado texto. Sin embargo, el interés por el tema a nivel mundial ya se venía planteando desde la Convención Internacional del Opio que es suscripta en La Haya el 23 de enero de 1912.

Sin embargo, el legislador de Argentina sólo contempla el tema del expendio de medicinas en forma irregular al incluir, en el art. 204, en el Código de 1921 que castiga con multa a quien “estando autorizado para la venta de sustancias medicinales las suministrar en especie, calidad o cantidad no correspondiente a las prescripciones médicas o diversas de la declarada o convenida”.

Según Valeria Anselmino, esta norma luego es modificada por las leyes 11.309 del 2 de julio de 1924) y 11.331 del 29 de julio 1926, pero con la sanción de la ley 17.567 de 1968 se vuelve casi al texto original.

De esta forma en el artículo 204 bis se hace la prescripción del tráfico, uso y suministro de estupefacientes. Sin embargo, las normas de la década del veinte resucitan por obra de la ley 20.509 que deroga a la ley 17.567 y otras leyes penales de facto. De esta forma, la legislación en torno al consumo de drogas aumenta y es así como en 1974 se dicta la ley 20.771 que agrega al artículo 77 del Código Penal el significado de estupefacientes. Martínez A. (2006).

Para 1977, es decir, tres años después, la ley 21.566 en hechos acaecidos en la Capital de la República, le atribuye competencia a la justicia nacional en lo criminal y correccional.

A partir del mes de octubre de 1989 entró a regir la ley 23.737, que es modificada y ampliada por la ley 24.424 de 1995. Esta nueva ley hizo un aporte, incorporado en el Artículo 49, no solo en lo referente a las drogas sino a lo relacionado con el ámbito general del Derecho Penal y fue la figura del “arrepentido” (Schiavo, 2007, p. 23).

La ley 23.737 también sufrió modificaciones por la ley 26.052 (sancionada por el Congreso de la Nación el 27

de julio de 2005). La primera de estas modificaciones tiene relación con el “tráfico propio” de sustancias estupefacientes, así, se incorpora un párrafo al Artículo 5 (Ley 23.737) que busca que quien suministre a otra persona la sustancia de uso personal, tendrá una pena de entre seis meses a tres años, tal como lo prescribe el artículo 1 de la Ley 26.052.

Otra modificación, que es considerada de gran trascendencia y es la que tiene que ver con la sustitución del artículo 34 de la citada ley dando competencia a la justicia ordinaria.

#### **3.1 El fallo Arriola**

En la ley 23.737 se encuentra tipificado todo lo relacionado con las drogas excepto el consumo, es decir, la producción, comercio, almacenamiento, transporte y la apología de las drogas es delito a la luz de esta ley.

El famoso Fallo ‘Arriola’ tiene su historia en un allanamiento a una casa ocurrido el 16 de enero de 2006 por supuesta venta de droga, los habitantes de la residencia fueron detenidos y condenados, mientras que unos jóvenes que pasaban cerca a la casa entre uno y tres cigarrillos de marihuana, recibieron medidas educativas.

La sentencia definitiva del fallo ‘Arriola’ estableció que el consumo sin el interés de comercialarlo con terceros estaba protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Uno de los magistrados de la Corte Suprema, Eugenio Zaffaroni, dijo que era contraproducente endilgarle responsabilidades al consumidor ya que este no testificaba contra el que le suministraba: “si cada consumidor tuviera una planta de marihuana en el balcón entonces no habría tráfico” (Bourdin, 2009, p. 13).

El Presidente de la Corte Suprema, Ricardo Lorenzetti, afirmó que “no se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea” (La Nación, 2013) El fallo Arriola consideró que sólo se evaluaría la persona con la cantidad de droga que llevara a la hora de ser capturado. La cantidad era motivo de otro análisis.

El precedente jurisprudencial del ‘Fallo Arriola’ de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, desafió el sistema democrático de este país al pedirle al órgano legislativo modificar la Ley vigente (23.737) y que a su vez ésta adoptara la jurisprudencia de esta instancia judicial. Esta situación mostró la evidente tensión entre las dos ramas del poder público. Pese a esta situación, en agosto de 2009,

la Corte Suprema de Justicia argentina declaró en el histórico "fallo Arriola", inconstitucional enjuiciar a los ciudadanos por utilizar medicamentos para su uso personal. De esta forma la sentencia buscó sentar un precedente en el sentido de que los adultos deben tener libertad para tomar decisiones sobre su estilo de vida sin la intervención del Estado. En el mencionado fallo la Corte insta al poder legislativo nacional a modificar la ley vigente para adaptarla a la jurisprudencia asentada.

Los antecedentes relacionados con el consumo de la droga se remontan al año de 1986 con el fallo Bazterrica que despenalizó la tenencia de marihuana para consumo personal. En 1990 el fallo Montalvo volvió a penalizar la tenencia para el consumo. En febrero 2009, La Sala I de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal en el fallo "Dora, Carlos y otra s/sobresimiento" declaró la inconstitucionalidad del artículo 5 de la ley 23.737. Se determinó que cuatro macetas de marihuana, con un peso de 75g, eran para consumo personal.

Incluso antes del fallo Arriola, la mayoría de los casos por tenencia de cantidades mínimas de estupefacientes se cerraban antes de empezar a ser investigados (Federico, 2006, p. 180).

#### 4. Experiencia del Perú

En lo que respecta al panorama de la legislación en la República del Perú, se reconoce el consumo tradicional de la hoja de coca, la cual es aceptada como una práctica de carácter cultural y nunca ha sido penalizada; sin embargo en este país existe un sistema de licencias controlado por el Estado, la cual se le denomina así: "empadronamiento", es decir que para el cultivo de la hoja de coca y su respectiva distribución controlado por la empresa ENACO (Empresa Nacional de la Coca). A pesar de ello, al igual que en la mayoría de países de Latinoamérica el consumo de sustancias psicoactivas ni la posesión de las mismas para uso personal son punibles, pero si su micro-comercialización o tráfico, que es un delito muy concurrente en este país.

En este país la legislación determina el tráfico ilícito de drogas como conducta punible, consagrada en los artículos 296 a 303 del Código Penal de 1991. Es decir que su tratamiento empezó desde ese año y a medida del tiempo ha sido complementado con normas tales como la ley 28002 del 17 de junio de 2003.

Según los artículos 296 y siguientes del Código Penal, en los delitos contra la salud pública, constituyen delito las siguientes conductas : 1) Promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas mediante actos de fabricación

o tráfico; 2) Poseer drogas para su venta (tráfico); 3) Comercializar insumos destinados a la elaboración ilegal de droga; 4) Comercializar o cultivar amapola o marihuana u obligar a su siembra o procesamiento; 5) Obligar o inducir a otros a consumir drogas ilegales.

En materia de comercialización ilegal de drogas, existen dos modalidades: el tráfico y la micro-comercialización (venta de drogas ilícitas en pequeña escala –hasta 50 g de PBC, 25 g de cocaína, 5 g de látex de opio y 10 g de marihuana– razón por la que tiene una pena menor), tal como lo prescribe el Código Penal del Perú, Ley No. 27.146.

Con ello se puede afirmar que no hay ninguna disposición que sancione o castigue el consumo o posesión de drogas, siempre y cuando sea para el consumo personal. A pesar ello y como lo aseguran algunos críticos, que debido a una mala técnica legislativa se ha prestado para dar erróneas interpretaciones, es decir que la mera tenencia para el consumo personal, constituyen una conducta punible, ya que la directriz del código penal establece un límite para dicha posesión, pero no quiere decir que dicha persona se le atribuye dicho delito, siempre y cuando no sea destinado a su comercialización.

#### 5. El caso de Chile

Para el año 2012, en Chile, se presentaron ante el parlamento iniciativas de legalización por parte de los senadores Fulvio Rossi y Ricardo Lagos Weber, quienes propusieron un proyecto de ley que buscaba autorizar el autocultivo de la marihuana, así como también que se permita su uso personal y terapéutico. De esta forma, el proyecto de ley modificaría el artículo 50 de la Ley 20.000, sobre Tráfico Ilícito de Drogas.

La ley vigente en Chile es la ley 20.000 promulgada y publicada en febrero de 2005, la cual sustituye a la Ley 19.366 de 1995 que castiga el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. De esta manera la ley vigente en Chile, sanciona a quien:

...Sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas. Será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título

pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro. (Ministerio del Interior Chile. 2005).

## 6. El caso del Ecuador

En el caso de Ecuador, la nueva Constitución aprobada por referendo en septiembre de 2008 estableció sobre los consumidores de drogas que “en ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales”<sup>8</sup>.

La Ley que regula lo relacionado con consumo de drogas es la ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas o Ley 108, la cual está vigente desde 1990. Desde entonces, el país comenzó un proceso político para la reforma de la ley vigente, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Ley 108). Un nuevo Código Orgánico Integral Penal, actualmente en proceso de negociación en la Asamblea Nacional, plantea una reforma integral a toda la legislación penal y su implementación, incluyendo la ley de drogas y sus sentencias. La reforma en general tiende a enmendar el carácter desproporcionado de las penas y a hacer hincapié en la efectividad de políticas menos represivas. En estos cambios el Gobierno tiene que respetar el principio conservado en la nueva Constitución de 2008 que dice que el problema del consumo de drogas es un problema de salud pública y, en referencia a los usuarios, “en ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulneran sus derechos constitucionales”.

## 7. El caso de México

México ha sido reconocido a nivel Latinoamericano y mundial como uno de los países como mayor tráfico de drogas en el mundo. Esta situación ha generado una lucha frontal contra este flagelo por parte de los sucesivos gobiernos lo cual a su vez ha originado un retroceso constante en aspectos sociales, económicos y políticos. La lucha contra las drogas ha generado una verdadera guerra y un constante desafío, pues se ha buscado con constantes legislaciones y políticas por lo menos una disminución de dicha problemática.

En abril de 2009, el Congreso de la Unión adoptó el ‘Decreto del Narcomenudeo’, eliminando todas las sanciones

por cantidades para uso personal: 5 gramos de Cannabis, 2 gramos de Opio, 0,5 gramos de Cocaína, 50 miligramos de Heroína o 40 miligramos de Metanfetamina. Los adictos serán sometidos a tratamiento obligatorio solamente después del tercer arresto. El decreto entró en vigor en agosto de 2009.

La ley define estrictamente la dosis personal lo que podría conducir a condenas de cárcel para los que sean sorprendidos con cantidades mayores a las que permite. En septiembre de 2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) declaró válida la reforma a la ley.

El ex presidente mexicano Felipe Calderón envió un proyecto de ley que descriminaliza la posesión de pequeñas cantidades de drogas con el objetivo de mantener viva su cruzada contra el narcotráfico y calmar la violencia en las calles. La iniciativa de Calderón propone que no sean punidos usuarios con quien se encuentren hasta dos gramos de marihuana, 50 miligramos de heroína, 500 miligramos de cocaína y 40 miligramos de metanfetamina.

La medida pretende diferenciar, de forma legal, el consumidor, el proveedor y el vendedor de drogas. “Lo que se busca es tratar al adicto no como un delincuente, sino como un enfermo y darle tratamiento psicológico o médico”, comentó el Senador Alejandro González, presidente de la Comisión de Justicia del Senado mexicano (Comisión Latinoamericana sobre drogas y democracia, 2004, p. 36)

La legislación para las drogas en México está establecida en la Ley General de Salud de 1984, en dicha ley igualmente se encuentran reguladas todo lo demás en materia de drogas según se establece en el Código Penal Federal luego de las reformas de 1994. Por otra parte, en 1996 se creó la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que elevó exponencialmente las penas por cualquier delito que se considera cometido en asociación delictuosa. Igualmente, el 21 de agosto de 2009 entró en vigor un decreto que reforma la Ley General de Salud, el Código Penal Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales. El decreto se conoce popularmente como “Ley de Narcomenudeo”, dado que su principal objetivo es justamente combatir la modalidad del comercio de drogas al por menor. El decreto determina también cantidades máximas de los diversos narcóticos o sustancias psicoactivas permitidas para el consumo personal.

## 8. La legalización del consumo en Uruguay

En relación con Uruguay, su Constitución no consagra un artículo en específico que prohíba el consumo de drogas

<sup>8</sup> Constitución del Ecuador. (2008). Art. 364 “Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponde desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales”



pero tampoco dice que esté permitido de forma recreativa, pero sí en el artículo 41 determina que el Estado legislará en todo lo relacionado con la salud e higiene pública.

El poder legislativo, de acuerdo con las facultades otorgadas por la Constitución, tendrá en sus funciones la creación de un marco normativo que regule lo relacionado con el consumo de drogas, visto y catalogado como un problema de salud pública. De otra forma, establece que se regulará aspecto derivados del consumo, como el porte y el tráfico de sustancias psicoactivas, lo cual permite deducir que actualmente no está prohibido el consumo de drogas.

El decreto ley 14.294 establece que queda exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal con arreglo a la convicción moral que se forme el juez a su respecto. De esta manera lo que se penaliza en Uruguay es el porte que es utilizado para traficar y no el que se utiliza para consumo propio.

Cualquier clase de tráfico, ya sea de materias primas para el procesamiento de la droga como también el estupefaciente ya terminado, permite inferir que el Estado de Uruguay ha enfocado sus políticas antidrogas en los individuos que vienen comercializando con el micro tráfico y también con aquellos que son encargados de producir la droga o importar para cubrir la demanda que produce el consumo de drogas. Los avances que ha tenido este país frente a la lucha contra la droga no son más que una respuesta a los desafíos que tiene el sistema democrático frente a las realidades sociales como el tema de las drogas que es un problema que agobia y sucumbe a muchos países de Latinoamérica y el mundo.

Un ejemplo del fracaso es Colombia que ha perdido la lucha contra las drogas con sus políticas prohibicionistas frente al consumo. Uruguay que no ha afrontado problemas sociales aún derivados de consumo y tráfico de estupefacientes, ha venido preparándose con proyectos de ley que buscan legalizar por ahora el consumo de marihuana y otorgarle al Estado el monopolio de la producción y comercialización de la misma para contrarrestar el actuar de las bandas criminales aunque esto no garantiza que vayan a dejar de existir como afirma Julio Calzada

...esto no soluciona el fenómeno, pero en parte debilitará el narcotráfico y romperá el efecto góndola, que consiste en que cuando un usuario de cannabis va a buscar la sustancia, encuentra otras sustancias potencialmente más riesgosas. Queremos separar mercados en esta fase y romper la dicotomía entre control de la oferta y reducción de la demanda, con

una política que apunta a los dos a la vez. (Diario, El espectador, 2012)

La actual política represiva fomenta la confusión entre asistencia y control, dificultando una adecuada intervención asistencial sobre los consumidores, no sólo por quedar con frecuencia reducida a un porcentaje mínimo, el de los más deteriorados, sino igualmente por no poder desarrollar plenamente los objetivos de mejora de sus condiciones personales, familiares y sociales (Díez Ripollés, J. 2005). se puede concluir que la fomentación y promulgación por parte de los Estados de proyectos de ley sobre sobre tratamiento preventivo y asistencial que se han venido aplicando al tema del consumo de drogas, ha sido una respuesta al fracaso como consecuencia de la aplicación de políticas represivas así, la evidencia científica a nivel internacional da cuenta de que los enfoques prohibicionistas y las concepciones de “guerra a las drogas” se han mostrado ineficaces en el logro de sus objetivos y han tenido como consecuencia causar más daño al incrementar la violencia y la corrupción.(Junta Nacional de Drogas, 2011).

Los resultados de las políticas prohibicionistas han llevado a que las democracias de América Latina también esas tendencias represivas que se encuentran en decadencia y comiencen a implementar políticas sociales que, no siendo dirigidas explícitamente a reducir el uso de drogas en la sociedad, pueden contribuir positivamente en esa dirección.

Un sistema educativo más eficiente, una comunidad mejor diseñada, mejores programas para capacitar a los padres en la crianza de sus hijos y tribunales que puedan administrar justicia en forma más rápida y justa, pueden reducir los factores de riesgo, (Organización de los Estados Americanos. (2013) esto conlleva a romper ese paradigma de prohibición y de ver al consumidor no como un delincuente sino como una persona enferma que necesita ayuda y que es con lo que se le asocia normalmente en los diferentes países, al concebir al consumidor como una persona que requiere ayuda y al poder prestarle los servicios necesarios que requiera para su mejoramiento.

Lo que se busca es hacer visible una disminución del consumo de drogas, tal y como lo explica Martin J,

...eximir a los consumidores de drogas de ser sometidos arrestos y procesos judiciales por el consumo de drogas y por actos como la adquisición, la simple posesión o el cultivo para consumo personal (...). Genera una descarga notablemente de la presión a la que están sometidos los organismos de aplicación de la ley y los sistemas judiciales y penitenciario, además de las barreras que impiden que los consumidores

que muestran patrones problemático de consumo se aproximen a servicios de tratamiento y reducción de los daños.” (Transnational Institute (2009).

Se afirma que la despenalización del consumo va a impactar muchos los sectores económicos, sociales y culturales; también se afirma que al momento de inicio no va a hacer bien vista por la sociedad pero que a largo plazo va a demostrar con resultado que estas líneas de pensamiento liberales y políticas de prevención y asistenciales serán beneficiosas para una sociedad que asimila culturalmente un tema que trasciende las fronteras como lo es el consumo de drogas.

Uruguay será el primer país pionero de Latinoamérica que además de no prohibir el consumo y tenencia para el uso personal pasará a marcar una pauta en las políticas de drogas con la ley que actualmente se tramita para la producción y distribución de drogas a cargo del Estado, ejemplo que puede servir de guía para que los otros países, replanteen las políticas referentes a los estupefacientes, así como quedó plasmado en la cumbre de las Américas:

Los mandatarios del Hemisferio iniciamos una valiosa discusión sobre el problema mundial de las drogas. Coincidimos en la necesidad de analizar los resultados de la actual política en las Américas y de explorar nuevos enfoques para fortalecer esta lucha y para ser más efectivos. Le hemos dado un mandato a la OEA para tal fin (El problema de la Drogas en las Américas, 2013, p.8).

Realizando una transición de ser estados pragmáticos en el castigo de este tipo de conductas a ser Estados liberales y progresistas, adecuados a las nuevas visiones enmarcadas a las necesidades y realidades que van surgiendo en las sociedades cambiantes, función que le corresponde legislar a los congresos de cada país y crear regulaciones que por imperio de la Constitución le corresponde y no a la órganos judiciales como pasa en el caso colombiano, pues hay que lograr un equilibrio en cuanto al desafío que tienen las democracias cuando se ven intervenido por las decisiones de orden judicial en cuanto a temas que tiene que ser tratados por leyes y no por medio de precedentes jurisprudencial como se evidencia en Colombia.

## 10. El rompimiento de un paradigma en el caso colombiano: la legalización de la dosis personal mediante la vía judicial

En Colombia el tratamiento que se le ha dado al consumo de sustancias psicoactivas, y específicamente a la

penalización o despenalización de la dosis personal de las mismas, ha tenido origen por un lado en la vía judicial a través de la Corte Constitucional, y por vía legislativa por medio del Congreso de la República, tratamientos los cuales han sido distintos y no han guardado coherencia y armonía entre sí.

Un hecho trascendental para Colombia fue la adopción de la Carta Política de 1991, con la cual nace el Estado Social de Derecho como modelo de estado y se crea la Corte Constitucional a la cual “se le confía la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución”<sup>9</sup>. En el año 1994 este máximo tribunal de la Jurisdicción Constitucional se pronunció respecto al consumo de dosis personal, de esta manera se produjo a nivel jurisprudencial la despenalización del porte y consumo de la dosis mínima de estupefacientes mediante la Sentencia C-221 de 1994, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria.

Esta Sentencia ha marcado un hito en la historia del tratamiento de la dosis personal de sustancias psicoactivas, ya que a partir de este pronunciamiento la Corte Constitucional ha sostenido una línea jurisprudencial uniforme, y es así como en varios pronunciamientos ha permitido el consumo personal sin consecuencias penales, siempre que no esté destinado a otro fin distinto al uso personal, es decir, que no tenga como fin la comercialización u otras.

La Corte Constitucional de Colombia a través de la Sentencia C- 221 de 1994 hace referencia a la naturaleza del juez constitucional expresando lo siguiente:

...La filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria. Por tanto, si del texto de una norma pudiera desprenderse una conclusión a tono con una ideología de esa naturaleza, sería necesario, en una tarea de armonización sintáctica que incumbe al intérprete, extraer de ella un sentido que no rompa abruptamente el sistema sino que lo preserve. Porque la tarea del juez de constitucionalidad no consiste, ni puede consistir, en resignarse a que la norma básica es un tejido de retazos incongruentes, entre sí inconciliables, sino en eliminar contradicciones y hacerlo de modo razonable. (Corte Constitucional, 1994, p.1)

Es así como la Corte Constitucional Colombiana, al ejercer su función de velar por la supremacía de la Constitución y como intérprete de normas que expide el Congreso, ha tratado desde el año 1994 hasta la actualidad el tema del consumo de dosis personal de sustancias psicoactivas, y

<sup>9</sup> Ver: Constitución Política de Colombia (1991). Art. 241

de esta manera se ha sostenido en una tendencia de despenalización de dicho consumo.

Históricamente se han presentado cambios a nivel normativo y jurisprudencial en lo referente al consumo de sustancias psicoactivas, de tal modo que se ha permitido diferenciar en diferentes momentos históricos el tratamiento que ha dado el legislador y por otra parte la Corte Constitucional. La primera regulación normativa se encuentra en la ley 30 de 1986, la cual penalizaba el porte y consumo de cualquier estupefaciente, y de esta manera sancionaba la “dosis para uso personal”<sup>10</sup>. El mismo Estatuto Nacional de Estupefacientes en el artículo 51 consagró como contravención el porte, conservación para el uso o consumo de cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis personal, e impuso pena de arresto entre 30 días y un año, dependiendo de si se era o no reincidente, e internamiento forzado para quien fuere dictaminado como drogadicto.<sup>11</sup>

Antes de la Constitución Política de 1991, se encontraba plenamente penalizado el consumo de sustancias psicoactivas, y esta prohibición emanó del legislador, sin embargo, es importante aclarar que desde que se penalizó el consumo, la vía legislativa ha tratado de mantener esta tendencia, aun cuando no ha sido un medio eficaz para dar tratamiento a esta problemática, y ha sido por el contrario, la vía judicial, la que ha tratado el consumo y legalización de dosis personal desde el año de 1994 hasta la actualidad.

El tratamiento legislativo del consumo de dosis personal ha sido reducido. Por el contrario, la Corte Constitucional ha sido quien ha desarrollado, tratado y regulado el tema de la legalización o prohibición del consumo de dosis personal. Esto permite decir que la Corte Constitucional Colombiana ha desafiado dentro de un mismo sistema democrático al órgano legislativo que es el Congreso de la República y quien dentro de sus facultades intrínsecas es el órgano encargado de legislar sobre la materia, además

la historia del tratamiento del consumo de drogas en Colombia por parte del Estado, muestra que evidentemente hay contradicciones entre las normas que expide el Congreso de la República y los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Se constata que la vía legislativa utiliza principalmente la criminalización o penalización del consumo de sustancias psicoactivas, mientras que la vía judicial opta por la despenalización.

En cuanto al tratamiento que ha desarrollado el gobierno colombiano a través del tiempo, se debe resaltar que tanto en los gobiernos de César Gaviria (1990 - 1994) como de Ernesto Samper (1994 -1998) se presentaron manifestaciones donde se decía que la despenalización de la dosis personal era contraria al compromiso con la lucha contra las drogas y que por ende se debería volver a sancionar dichas conductas. Esta situación deja claro las diferencias entre la posición del gobierno de aquella época y el pronunciamiento de la Corte Constitucional en el año 1994, pues mientras la Corte despenaliza la dosis personal, el Ejecutivo se manifiesta en contra.

En el gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002) desapareció el tema de la penalización de la dosis personal, aunque al finalizar su mandato presidencial se promulgó la ley 745 de 2002, donde se consagró como contravención el porte y consumo pero las medidas que se adoptaron fueron solamente policivas.<sup>12</sup>

En el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, (2002-2010) quien tuvo un amplio respaldo popular, desde la campaña presidencial del 2002 había propuesto la necesidad de sancionar de nuevo la “dosis personal”. Es pertinente mencionar que el debate de la penalización de drogas regresó con gran intensidad para este periodo, y de esta manera se vio reflejado en siete intentos de reforma a la Carta Política, lo que finalmente se materializó mediante la aprobación de la reforma que dio lugar al Acto Legislativo 02 de 2009, el cual modificó el artículo 49 de la Constitución Política, consagrando que “el porte y el consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”<sup>13</sup>. El acto legislativo mencionado se fundamentó en los resultados de un estudio titulado “Estudio Nacional de consumo de sustancias psicoactivas en Hogares de Colombia”<sup>14</sup>, realizado por el gobierno.

<sup>10</sup> Ver, Colombia, Congreso de la República. Ley 30 de 1986. “Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones” Art. 2. Lit. j. “Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad.” En: Diario Oficial No. 37.335. del 31 de enero de 1986 Bogotá.

<sup>11</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-491-2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>12</sup> Colombia. Congreso de la República. Ley 745 de 2002. “Por la cual se tipifica como contravención el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, con peligro”. En: Diario Oficial No. 44.872, de 19 de julio de 2002. Bogotá

<sup>13</sup> Constitución Política de Colombia (1991). Art 49.

<sup>14</sup> Ministerio de Justicia. (2008) Estudio nacional del consumo de sustancias psicoactivas en Colombia. Recuperado de [http://www1.urosario.edu.co/correo/administracion/boletines/ODA/documentos/ESTUDIO\\_NACIONAL\\_SOBRE\\_DROGAS\\_COLOMBIA.pdf](http://www1.urosario.edu.co/correo/administracion/boletines/ODA/documentos/ESTUDIO_NACIONAL_SOBRE_DROGAS_COLOMBIA.pdf)

El Acto legislativo 02 de 2009 fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad a través de la sentencia C- 574 de 2011 pero la Corte Constitucional se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo y se justifica en la falta de argumentación de los demandantes y en la actualidad la Corte no ha ejercido efectivamente un control de constitucionalidad a dicha norma.

Al compararse esta normativa vigente con la realidad y luego de analizar las incidencias e impacto que ha tenido en la sociedad, se puede deducir que es una regulación ineficaz, y esto se refleja en el hecho de que actualmente en Colombia cualquier persona que consume su dosis personal de sustancias psicoactivas sin tener una prescripción médica, no es acreedor de una sanción, y esto permite decir que la norma ha quedado solo en el texto constitucional y no se materializa en la realidad, es decir, para cualquier consumidor se hace innecesaria la existencia de una prescripción médica para poder consumir su dosis mínima. De tal modo que a nivel legislativo actualmente el consumo personal de sustancias psicoactivas está prohibido, y la excepción es cuando la persona tiene una prescripción médica que le indica que puede consumir para su uso personal, pero por otro lado existe un último y reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional donde afirma que el consumo de sustancias psicoactivas que esté dentro de lo considerado como dosis personal no tiene ninguna sanción penal, de tal manera que existe una incoherencia entre la normativa que expide el órgano legislativo, es decir, el Congreso de la República y los pronunciamientos emanados por vía judicial (Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia), pues el juez constitucional a través de sus pronunciamientos deja claro que el consumo de uso personal de estupefacientes no está penalizado.

Cuando la Corte Constitucional volvió a pronunciarse mediante Sentencia C-491 de 2012, hace control de constitucionalidad al artículo 376 del Código Penal el cual penaliza el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. En esta ocasión la Corte hace referencia al alcance de la norma que contiene la prohibición del artículo 49 de la Constitución, afirmando que la contravención del Código Penal no ampara la penalización del porte y consumo de estupefaciente en dosis mínima o personal. Según la Corte Constitucional la prohibición del porte y consumo de estupefacientes establecida en el artículo 49 de la Constitución no conlleva a su penalización, pues se trata de desarrollar campañas de prevención contra el consumo de sustancias estupefacientes y por ende son medidas que están orientadas a la atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia; para la Corte Constitucional se trata de medidas orientadas a reforzar el

mandato de optimización de la atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia, mediante el desarrollo permanente de campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes, y a favor de la recuperación de los adictos.

El Estado y los particulares, a través del sistema de salud, regido por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, debe proveer a la aplicación de las medidas y tratamientos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, a favor de los adictos y dependientes que porten y consuman sustancias estupefacientes y sicotrópicas, y que consientan de manera informada en someterse a ellas<sup>15</sup>.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal referente al “tráfico, fabricación y porte de estupefaciente”, pero bajo el entendido de que el porte de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética en la cantidad considerada como dosis para uso personal, no constituye este delito y como consecuencia no se encuentra penalizada. También aclara que cuando el porte esté dentro de la cantidad comprendida como dosis personal pero con finalidad distinta al consumo propio sino a la comercialización, tráfico y distribución gratuita, dicha conducta es penalizada debido a que afecta entre otros bienes jurídicos, el de la salud pública.<sup>16</sup>

Un ejemplo actual de iniciativas de cambio de paradigma en el tratamiento del consumo de sustancias psicoactivas, teniendo en cuenta la tendencia a la descriminalización del consumidor, inclinación a la atención, prevención y protección a la salud del consumidor y la despenalización del consumo de sustancias psicoactivas, se manifiesta en cierta forma en las tendencias de un tratamiento y política de gobierno distinta, pues es el caso de la creación la Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia, creada recientemente por el Ministerio de Justicia y del Derecho, mediante la resolución 0233 de abril de 2013.

La Comisión tiene el objetivo de analizar los resultados y el impacto de las estrategias que se han implementado y proponer al gobierno recomendaciones para una nueva política acorde con las necesidades actuales del estado colombiano.

<sup>15</sup> Ver Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-491-2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>16</sup> Ver Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-491-2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Uno de los primeros resultados de la Comisión fue la elaboración de un primer informe, entregado al Gobierno Nacional en el cual recomendó orientar su política pública en materia de reducción del consumo de drogas hacia la eliminación de sanciones penales para los consumidores y utilizar herramientas de salud pública para la atención del problema, la propuesta de la Comisión va orientada a que el consumo de drogas salga del ámbito del derecho penal y se protejan valores como la salud y los derechos humanos. (Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia. (2013) Es así como se refleja el cambio de una tendencia que criminalizaba al consumidor desde un enfoque prohibicionista a una inclinación que tiene como eje fundamental la prevención y atención integral al consumidor, esto atendiendo a las exigencias sociales del país.

De igual manera, existe una propuesta que se enmarca en el artículo 49 de la Constitución en lo que refiere al tratamiento que se le da a un consumidor de sustancias psicoactivas y la atención integral que brinda el Estado al consumidor, tal es el caso del proyecto presentado en septiembre del 2012, consistente en la creación e implementación de Centros de Atención Médica para Drogodependientes- CAMAD, proyecto impulsado por el Alcalde Gustavo Petro, de la ciudad de Bogotá, capital de Colombia.

Estos centros contarán con un equipo integral de profesionales de la salud: psiquiatra, psicólogo, médico, odontólogo y enfermeros. El alcalde Mayor, Gustavo Petro, aseguró que “los Camad, deben ser los principales instrumentos de paz, que sean utilizados por el Gobierno de la Bogotá Humana de la mano con los habitantes de la calle para dignificar a estos seres humanos, sin importar su condición social”, de esta manera el Presidente Juan Manuel Santos autorizó el suministro de drogas lícitas para los drogodependientes por parte del Distrito, siempre y cuando se haga bajo prescripción médica como lo indica la Constitución Política. (Alcaldía Mayor de Bogotá. (2012).

## **A modo de conclusión**

En Colombia el Congreso de la República ha dado un trato distinto a la legalización de las drogas frente al tratamiento de la Corte Constitucional, principalmente en lo referente con el consumo de uso personal.

Es indiscutible la existencia de incoherencia entre las normas y la jurisprudencia, pues por un lado las normas tienden a prohibir y penalizar la dosis personal, y han sido normas ineficaces, que no han cumplido con su cometido, pero a la vez el juez constitucional se ha inclinado por la despenalización; la Corte Constitucional desafía el sistema democrático en sus pronunciamientos y se ha alejado de lo que han dispuesto las normas prohibicionistas.

Colombia es el único caso, a diferencia de otros países de América latina, en el cual la despenalización de la droga se ha dado por vía judicial. Se critica que una Corte de 9 magistrados no elegidos democráticamente, haya decidido un asunto que debió haber sido discutido en el foro natural de la democracia, es decir el Congreso de la República. Sin embargo, dado el desprestigio de este órgano de representación popular, el ciudadano del común ve con buenos ojos la intervención de la Corte en esta discusión y en la mayoría de asuntos políticos, jurídicos, sociales económicos del país, lo cual constituye un verdadero desafío para la democracia colombiana.

Corresponde a los miembros del Parlamento colombiano corregir este rumbo, lo cual hasta el momento no se ha visto, pues en muchos casos no cumple con su deber de legislar en los frecuentes vacíos normativos, como recientemente sucedió con las uniones de parejas del mismo sexo. De esta forma, la actividad judicial tanto de la Corte Constitucional como de los demás jueces, seguirán siendo un verdadero desafío al sistema democrático colombiano.

Por último, es necesario señalar, que el caso colombiano es un caso sui generis en la democracia Latinoamericana, en el entendido de que, si bien es cierto el órgano legislativo tiene la obligación de regular el consumo de drogas, en el caso nuestro la Corte Constitucional ha sido quien ha entrado a definir la situación del consumo de la dosis mínima. De esta forma, se presenta un desafío a la democracia por parte de la Corte hacia el legislativo.

Sin embargo, cabe destacar el acercamiento que realizó la jurisprudencia argentina en el denominado caso Arriola, resaltando el tratamiento diferenciado en materia de condenas y penas que se le da a quien trafica con drogas y a quien las consume.



## Referencias

- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2012). Los camadas son instrumentos de paz, Alcalde Petro. *Oficina de prensa*. Recuperado de <http://www.bogotahumana.gov.co/index.php/noticias/comunicados-de-prensa-alcalde-mayor/2083-qlos-camadas-son-instrumentos-de-pazq-alcalde-petro>
- Andrade, K. (2013). Lugares del mundo donde la droga es legal. Recuperado de: [www.maspormas.com](http://www.maspormas.com)
- Anselmino, V. (2011). "La Ley 26.052 y la competencia en materia de estupefacientes". Trabajo final de la materia Derecho Penal Intensificado IV (Problemática de los estupefacientes).
- Brasil: despenalización de drogas con apoyo clave. El Nuevo Herald. Recuperado de: [http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2013/04/Brasil\\_despenalizacion-de-drogas-con-apoyo-clave-2013-04-16-ElNuevoHerald1.pdf](http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2013/04/Brasil_despenalizacion-de-drogas-con-apoyo-clave-2013-04-16-ElNuevoHerald1.pdf)
- Bourdin, M. (2009). «Tenencia de drogas: tras el fallo Arriola, Zaffaroni advierte que se debe combatir el paco». Centro de Información Judicial.
- Blickman, T., Jelsma M., (2009). La reforma de las políticas de drogas: Experiencias Alternativas en Europa y Estados Unidos. Nueva Sociedad. No.222.
- Chiquillo, K. & Méndez, G. & Molina, C. & Padilla, M. (2013). "Factibilidad de la despenalización del delito de posesión y tenencia de drogas como forma de disminuir la delincuencia en el salvador. Recuperado de: <http://ri.ues.edu.sv/3411/1/FACTIBILIDAD%20DE%20LA%20DESPENALIZACION%20DE%20POSESION%20Y%20TENENCIA%20DE%20DROGAS%20COMO%20FORMA%20DE%20DISMINUIR%20LA%20DELINCUENCIA%20EN%20EL%20SALVADOR.pdf>
- Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia. (2013) *Lineamientos para una política pública frente al consumo de drogas*. Recuperado de [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/pdf/LineamientosPol%C3%83%C2%ADticaConsumo\\_Comisi%C3%83%C2%B3nAsesora\\_mayo2013\\_FIN%20AL.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/pdf/LineamientosPol%C3%83%C2%ADticaConsumo_Comisi%C3%83%C2%B3nAsesora_mayo2013_FIN%20AL.pdf)
- Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia. *Drogas y Democracia: Hacia Un Cambio De Paradigma*. Recuperado de [http://www.drogasedemocracia.org/Archivos/livro\\_espanhol\\_04.pdf](http://www.drogasedemocracia.org/Archivos/livro_espanhol_04.pdf)
- Díez Ripollés, José Luis. (2005). El Control Penal del Abuso de Drogas: Una Valoración Político-Criminal. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XVIII Julio-Sin mes, 199-212.
- La Nación Drogas: no es delito la tenencia mínima». (26-08-2009). consultado el 28/05/2013.
- Federico, M. (2010) País Narco. Tráfico de droga en Argentina: del tránsito a la producción propia. Editorial Random Hause. Buenos Aires.
- Government of the Netherlands (Gobierno de Países Bajos). (2013). El alcohol y las Drogas. Recuperado de [http://www.government.nl/issues/alcohol-and-drugs/drugs?ns\\_campaign=Thema-alcohol\\_and\\_drugs&ns\\_adgrp=Drugs&ns\\_mchannel=sea&ns\\_source=google&ns\\_linkname=%2Bdrugs%20%2B%20holland&ns\\_fee=0.00&gclid=CLTRjq\\_49rgCFaXm7AodukkAWQ](http://www.government.nl/issues/alcohol-and-drugs/drugs?ns_campaign=Thema-alcohol_and_drugs&ns_adgrp=Drugs&ns_mchannel=sea&ns_source=google&ns_linkname=%2Bdrugs%20%2B%20holland&ns_fee=0.00&gclid=CLTRjq_49rgCFaXm7AodukkAWQ)
- Junta Nacional de Drogas. (2011). *Estrategia Nacional para el Abordaje del Problema Drogas 2011- 2015*. Recuperado [http://www.infodrogas.gub.uy/images/stories/pdf/jnd\\_estrategia.pdf](http://www.infodrogas.gub.uy/images/stories/pdf/jnd_estrategia.pdf)
- Ley de Fiscalización de Estupefacientes. (2009-02-06). Reforma de la Carta. Recuperado <http://reforma-de-la-carta.blogspot.com/2009/02/ley-de-fiscalizacion-de-estupefacientes.html>
- Martínez A, & Roberto D., "Modificaciones a la Ley de Estupefacientes (ley 26.052)", *Revista LexisNexis*, Buenos Aires N° 2/2006 (Febrero).
- Ministerio de Justicia. (2008) *Estudio nacional del consumo de sustancias psicoactivas en Colombia*. Recuperado de [http://www1.urosario.edu.co/correo/administracion/boletines/ODA/documentos/ESTUDIO\\_NACIONAL\\_SOBRE\\_DROGAS\\_COLOMBIA.pdf](http://www1.urosario.edu.co/correo/administracion/boletines/ODA/documentos/ESTUDIO_NACIONAL_SOBRE_DROGAS_COLOMBIA.pdf)
- Online news editor. (S.F). Ex ministros defienden la despenalización del porte de drogas en Brasil. Recuperado de: <http://laprensalatina.com/exministros-defienden-la-despenalizacion-del-porte-de-drogas-en-brasil/>

- Organización de los Estados Americanos. (2013). *El Problema de las Drogas en las Américas*. P. 93. Recuperado [http://www.oas.org/documents/spa/press/Introduccion\\_e\\_Informe\\_Analitico.pdf](http://www.oas.org/documents/spa/press/Introduccion_e_Informe_Analitico.pdf)
- Salgar, D. (2012). Uruguay quiere un cambio. *El Espectador*, Pg 18. Junta Nacional de Drogas. (2011). *Estrategia Nacional para el Abordaje del Problema Drogas 2011- 2015*. Recuperado [http://www.infodrogas.gub.uy/images/stories/pdf/jnd\\_estrategia.pdf](http://www.infodrogas.gub.uy/images/stories/pdf/jnd_estrategia.pdf)
- Schiavo, N. (2007). La Figura del “Arrepentido” en la Ley 23.737. Trabajo presentado en el curso de “Ley de estupefacientes”.
- Transnational Institute. (2009). *Innovaciones Legislativas en Políticas de Drogas*. Pág. 4. Recuperado de <http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/innovacioneslegislativas.pdf>

### **Jurisprudencia y normativa**

- Brasil. Constitución Política, República Federativa de Brasil, 1988 Art. 101-103
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-491-2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia. Constitución Política (1991). Art. 241.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 30 de 1996. En: Diario Oficial No. 37.335. del 31 de enero de 1986 Bogotá.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 745 de 2002. “Por la cual se tipifica como contravención el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, con peligro”. En: Diario Oficial No. 44.872, de 19 de julio de 2002. Bogotá
- Ecuador. Constitución Política. (2008).
- Uruguay. Constitución de la Republica Oriental de Uruguay. Artículo 41. (1967)
- Uruguay. Decreto ley 14.294. (1974). Art 31